Die Vorbauten an Ortsstraßen

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

bei der Juristischen Fakultät der Universität Leipzig

eingereicht von

Johannes Merker,

Referendar in Meißen

ACAD.
LUGD.BAT.
BIBL.

1915

Druck von Mänicke und Jahn in Rudolstadt

Meinen Eltern

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41545813_0044

Inhalt

Seite

I. Einleitung und geschichtlicher Rückblick 9

II. Die Ortsstraße 13

III. Die Vorbauten 21

IV. Die Erlaubniserteilung zum Vorbau 26

V. Die Vorbaugebühr 46

Literatur

Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten.

von Arnstedt, Das preußische Polizeirecht. Bd. I, 1905, Bd. II, 1907.

Baltz, Preußisches Baupolizeirecht. 4. Aufl. 1910.

von Bitter, Handbuch der preußischen Verwaltung. 1906.

von Brauchitsch, Preußische Verwaltungsgesetze.

Flad, Das badische Ortsstraßengesetz vom 15. Oktober 1908.

Fleiner, Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts. Tübingen 1911.

Fleischmann-Stengel, Wörterbuch des deutschen Staats- und Verwaltungsrechts.

Friedrichs — H. v. Strauß und Torney, Gesetz betreffend Anlegung und Veränderung von Straßen und Plätzen in Städten und ländlichen Ortschaften vom 2. Juli 1875. Berlin, 5. Aufl. 1905.

Germershausen, Das Wegerecht und die Wegeverwaltung in Preußen. Berlin, Bd. I, 1900, Bd. II, 1902.

von Haebler, Das Wegerecht im Königreich Sachsen. Leipzig 1913.

Hawelka, Die Rechte an öffentlichen Wegen in Österreich. Wien und Leipzig 1910.

Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte. Tübingen 1905.

Kallenbach, Eigentum und Eigentumsbeschränkungen an der städtischen Straße. Leipziger Dissertation 1911.

von Kamptz, Rechtsprechung des preußischen Oberverwaltungsgerichts.

Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht. Bd. I, 2. Aufl. 1914, Bd. II, 1896.

Georg Meyer, Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts. 3. Aufl. 1910.

von der Mosel, Handwörterbuch des sächsischen Verwaltungsrechts. 1912.

Peetz, Das Recht der Straßenanlieger an der öffentlichen Straße. Rostocker Dissertation 1911.

von Reitzenstein, Wörterbuch des deutschen Verwaltungsrechts.

von Reitzenstein, Das deutsche Wegerecht in seinen Grundzügen. Freiburg i. B. 1890.

Rumpelt, Sächsisches Baugesetz. 4. Aufl. 1911.
Soergel, Jahrbuch der Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht.
Stier-Somlo, Jahrbuch des Verwaltungsrechts.
Überreiter, Die rechtlichen Verhältnisse der Ortsstraßen, besonders in Bayern. Würzburg 1908.
Walz, Das badische Ortsstraßenrecht (dargestellt in Ausführungen zum Ortsstraßengesetze vom 6. Juli 1896). Heidelberg 1900.
Wolff, Der Bau auf fremdem Boden, insbesondere der Grenzüberbau. Jena 1900.

Archiv für öffentliches Recht.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Entscheidungen des preußischen Oberverwaltungsgerichts.
Fischers Zeitschrift für Praxis und Gesetzgebung der Verwaltung.
Gruchots Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts.
Jahrbücher des Königlich Sächsischen Oberverwaltungsgerichts.
Das Recht (Rundschau für den deutschen Juristenstand).
Preußisches Verwaltungsblatt.
Zeitschrift für Polizei- und Verwaltungsbeamte.

I.

Einleitung und geschichtlicher Rückblick

Mit fortschreitender Kulturentwicklung wird das Leben immer formenreicher, feinere Bedürfnisse stellen sich heraus, die in stetig wachsendem Maße befriedigt werden. Den bedeutenden Vorteilen, die der einzelne in einem solchen naturgemäß verwickelteren Volksleben gewinnt, steht jedoch eine nicht unbeträchtliche Einschränkung der freien Entfaltung gegenüber. Denn so ein tausendfältig zergliederter Organismus, der sich dann bildet und in dem alles wunderbar ineinandergreift, ist nur denkbar, wenn der Einzelwille sich dem Gesamtwillen, dem gebieterischen Willen dieser neuen Einheit, unterordnet. Das Einzelinteresse muß zurücktreten vor den Interessen der Gesamtheit. Jedes Hemmnis, das der einzelne in seinem Sonderstreben ihnen entgegensetzt, muß weichen um jenes höheren Zweckes willen. Daß in unserem Gemeinwesen solche aus dem Einzeldasein fließende Störungen dort besonders empfunden werden, wo aller Verkehr zusammenfließt und das Leben täglich und stündlich in sichtbarster Weise vorüberrauscht: auf den Straßen unserer Städte, ist einleuchtend. Hier darf kein Hindernis geduldet werden, soll ein ruhiger und geordneter Verkehr möglich sein. Mit dem Anwachsen unserer Städte ist deshalb das Straßenwesen zu einem immer wichtigeren Zweige der öffentlichen Verwaltung geworden.

In früheren Jahrhunderten legte man den Straßen weit weniger Wert bei, als es heute der Fall ist, und eigenartig mutet das Straßenbild an, das uns in jenen Zeiten entgegentritt. Eng und düster waren die Straßen, mit schlechtem Pflaster versehen oder überhaupt nicht gepflastert, ohne Bürgersteig, staubig im Sommer, morastig im Winter, der Unrat wurde noch oft in den Rinnstein geworfen

und des Abends herrschte eine jämmerliche Beleuchtung[1]). Zu diesem wenig erfreulichen Zustand kam noch eins, das mit steigendem Verkehr immer mehr als Störung empfunden wurde. Das waren die zahlreichen Überbauten, die die Anlieger sich erlaubten, unbekümmert, ob sie damit das bißchen Himmel, das oben hereinschaute, nun mehr oder weniger noch verdeckten. Dadurch gewannen die Straßen jenes eigentümliche Gepräge, das wir aus Bildern und Erzählungen dieser deutschen Vergangenheit kennen[2]).

[1]) Werner Sombart gibt in seinem Werk: „Die deutsche Volkswirtschaft im 19. Jahrhundert" eine anschauliche Schilderung vom Straßenleben Berlins vor 100 Jahren.

[2]) Wie sorglos die Anlieger dabei vorgingen, kann man aus den folgenden Beispielen ersehen:

Goethe, Dichtung und Wahrheit. Erstes Buch, Absatz 14: „In Frankfurt, wie in mehreren alten Städten, hatte man bei Aufführung hölzerner Gebäude, um Platz zu gewinnen, sich erlaubt, nicht allein mit dem ersten, sondern auch mit den folgenden Stocken überzubauen, wodurch denn freilich besonders enge Straßen etwas Düsteres und Ängstliches bekamen. Endlich ging ein Gesetz durch, daß, wer ein neues Haus von Grund auf baue, nur mit dem ersten Stock über das Fundament herausrücken dürfe, die übrigen aber senkrecht aufführen müsse. Mein Vater, um den vorspringenden Raum im zweiten Stock auch nicht aufzugeben, wenig bekümmert um äußeres architektonisches Ansehen und nur um innere gute und bequeme Einrichtung besorgt, bediente sich, wie schon mehrere vor ihm getan, der Ausflucht, die oberen Teile des Hauses zu unterstützen und von unten herauf einen nach dem andern wegzunehmen und das Neue gleichsam einzuschalten, so daß, wenn zuletzt gewissermaßen nichts von dem Alten übrigblieb, der ganze neue Bau noch immer für eine Reparatur gelten konnte." —

Gustav Freytag, Bilder aus der deutschen Vergangenheit. 2. Band, 1. Abteilung, Seite 121: „Die Häuserlinie läuft nicht glatt und senkrecht, ein Oberstock oder zwei — die Gadem — springen über das untere Stockwerk vor, der zweite wieder über den ersten, und darin sind wieder Erker und Söller. Diese Überhänge, Ausschüsse und Erker brechen die Fluchtlinie bei jedem Hause anders, verengen das Licht und nähern die obern Stockwerke der gegenüberliegenden Häuser. Die Söller werden bei Neubauten bald verboten, bald erlaubt, und die erlaubte Breite bestimmt. An dem Erdgeschoß der Häuser aber sind auf der Straße Schuppen, Vorkräme, Buden angebaut, auch die Hauskeller öffnen sich auf die Straße und die Kellerhälse ragen bis an den Fahrweg. — In den Städten der Niedersachsen, der Thüringer und Franken ist alter Brauch, daß die Straßenwand der vorgerückten oberen Stockwerke durch Pfeiler gestützt wird; dann entsteht zwischen dem eingerückten Unterstock und den Pfeilern ein gedeckter Gang, die Löben, Lauben, welche an Hauptstraßen und am Markte geschützten Durchgang gestatten."

Im Rechtsgefühl des Volkes war, wie teilweise ja noch heute, die Unantastbarkeit des öffentlichen Eigentums nicht so selbstverständlich wie die des privaten[3]). Niemals würde man es gewagt haben, einem privaten Nachbarn gegenüber so vorzugehen. Der alte Rechtssatz: „Niemand darf auf eines andern Mannes Grunde bauen" erlitt jedoch für die auf die öffentliche Straße hinüberragenden Erker, Altane, Giebel und anderen Gebäudevorsprünge die weitgehendsten Ausnahmen[4]). Sie wurden von den Anliegern gewagt und von der Obrigkeit geduldet. Dieses Zugeständnis brachte naturgemäß mannigfache Unannehmlichkeiten und Gefahren mit sich, namentlich, wenn man die geringe Entfernung der gegenüberliegenden Häuser bedenkt. So steht in der Münchener Bauordnung in einem wahrscheinlich dem Jahre 1556 entstammenden Artikel: „das die gepeu der althänen ain schedlich werch sey, nit allain denen hausern, darob sy gemacht werden, denen sy ain gwise feul bringen, sonder auch fürnemblich in feuersnöten besorglich, gfarlich und schedlich seyen, daneben auch den nachbarn gantz beschwärlich, nit allain von wegen des einsehens, sonder, das sy einsteigens halb zu verbringung allerlay unthaten, diebstals und dergleichen guete bequemlichait geben"[5]). Solche Übelstände führten dazu, daß die Obrigkeit bei dem immer größeren Überhandnehmen dieser Überbauten sie entweder ganz verbot oder doch wenigstens die einzuhaltenden Maße vorschrieb. Um dem leichteren Übergreifen des Feuers vorzubeugen, wurden vielfach Holzüberbauten überhaupt nicht zugelassen, sondern nur Steinüberbauten. In andern Städten hatte im Hinblick auf die Stadtverteidigung der Burggraf als der Stadtkommandant das Recht der „Räumung" (ruminga), das „Stangenrecht". Er konnte die Beseitigung aller Vorbauten verlangen, an die ein Mann zu Roß beim Reiten durch die Straßen mit einer Lanze oder Stange in der Höhe oder in der Breite stieß[6]). Häufiger wird mit der Zeit eine ähnliche

[3]) Dies mag wohl eine Nachwirkung des früheren Gesamteigentums, der Allmende, sein.

[4]) Vgl. M. Wolff, Der Bau auf fremdem Boden, insbesondere der Grenzüberbau. (Jena 1900) S. 25 ff.

[5]) In ähnlichem Sinne sprechen sich auch andere Quellen aus. Siehe M. Wolff, a. a. O.

[6]) Rietschel, Das Burggrafenamt und die hohe Gerichtsbarkeit in den deutschen Bischofsstädten während des früheren Mittelalters. 1905, S. 331 f.

Bestimmung wie die in der Münchener Bauordnung von 1489, daß „niemandt kain althänen alhie on sonder vorwissen aines ersamen raths nit machen und zuerichten" soll, wobei der Stadtrat wieder seine Genehmigung von der Notwendigkeit des Baues und der Einwilligung der Nachbarn abhängig macht. Immer mehr lassen die Interessen der Gesamtheit die Beseitigung der Überbauten erwünscht erscheinen, und die Stadtpfleger und Stadtbaumeister werden angewiesen, darauf zu achten allenthalben in der Stadt, daß niemand „kein überschuß von newen gepewen herauß mach noch pawe auf die gemein, sunder wo alt geng oder überschuß sin, die will ein erber ratt nit mer gestatten noch verhengen, die wider zu machen anders, dann das ein ieder von grunt pleigerecht auf faren soll"[7]. Und dieser Standpunkt, wonach für die Zulassung von Überbauten die Genehmigung der Obrigkeit erforderlich ist, drang immer mehr durch. Auch das preußische Landrecht macht eine solche Benutzung der öffentlichen Straße von polizeilicher Erlaubnis abhängig[8]. Daß dies nun heute in noch verstärktem Maße der Fall sein muß, ist bei der immer größeren Bedeutung, die die Straße für die Gesamtheit erlangt hat, selbstverständlich. In vorliegender Abhandlung soll versucht werden, die öffentlichrechtlichen Gesichtspunkte klarzulegen, die bei solchen Vorbauten an Ortsstraßen auftreten und hieraus die für die obrigkeitliche Erlaubniserteilung notwendigen Folgerungen zu ziehen.

[7]) Endres Tuchers Baumeisterbuch der Stadt Nürnberg (1464–1475) von Fr. v. Weech, hrsg. von Matthias Lexer (Stuttgart 1862), S. 260 Abs. 3.

[8]) Allgemeines Landrecht I 8:

§ 78: Die Straßen und öffentlichen Plätze dürfen nicht verengt, verunreinigt oder sonst verunstaltet werden.

§ 79: Besonders darf niemand ohne ausdrückliche Bewilligung der Obrigkeit einen Kellerhals oder andres dergleichen Nebengebäude auf die Straße zu anlegen.

§ 80: Auch die Einrichtung von Keller- und Ladentüren, welche auf die Straße gehen, die Anlegung neuer oder Wiederherstellung eingegangener Erker, Löben und auf die Straße hinaus gießender Dachrinnen, die Aufsetzung von Wetterdächern und in die Straße hinein sich erstreckenden Schildern, sowie die Errichtung von Blitzableitern darf nur unter Erlaubnis der Polizeiobrigkeit und nach den von dieser zu erteilenden Anweisungen vorgenommen werden.

Über den Ausdruck „Löben" vgl. die Erklärung Gustav Freytags oben in Anm. 2 a. E.

II.

Die Ortsstraße[1])

Die Ortsstraßen haben die Bestimmung, dem allgemeinen Verkehr in der Gemeinde und dem geordneten Anbau zu dienen. Deshalb bezeichnet ganz mit Recht im Anschluß an Wissenschaft[2]) und Rechtsprechung[3]) als erstes das badische Ortsstraßengesetz vom 15. Oktober 1908 in § 1 Absatz 1 die Ortsstraßen als „die dem Anbau dienenden öffentlichen Wege im Gemeindebezirk".

Die Ortsstraße ist ein öffentlicher Weg. Darunter werden nach der üblichen Auffassung in Anlehnung an das Wegegesetz des früheren Königreichs Hannover vom 28. Juli 1851 (§ 2) solche Wege verstanden, die dem öffentlichen Verkehre zu dienen bestimmt sind und demselben nicht kraft Privatrechts entzogen werden können.

[1]) Es sollen hier selbstverständlich nur die Rechtsverhältnisse erörtert werden, die für eine Behandlung der Vorbauten an Ortsstraßen in Frage kommen.

[2]) Walz, Das badische Ortsstraßenrecht (dargestellt in Ausführungen zum Ortsstraßengesetz vom 6. Juli 1896), Heidelberg 1900: S. 1 ff., S. 34.

Im Anschluß an das preußische Fluchtliniengesetz vom 2. Juli 1875 § 1 Abs. 4: „Die Straßenfluchtlinien bilden regelmäßig zugleich die Baufluchtlinien, das heißt die Grenzen, über welche hinaus die Bebauung ausgeschlossen ist" bemerkt Friedrichs im Kommentar zu diesem Gesetz von H. von Strauß und Torney (5. Auflage) S. 14: „Gerade der Umstand aber, daß der Gesetzgeber die Bedeutung der Straßenfluchtlinie nach dieser Richtung noch besonders feststellt, zeigt, wie er die Möglichkeit des Anbaues als etwas mit dem Begriffe der Straße von selbst Gegebenes wenigstens der Regel nach voraussetzt."

[3]) RG. 7. März 1882 (Entsch. Bd. 7 S. 215): „Wie es zu dem Zweck und Wesen einer städtischen Straße gehört, daß die sie begrenzenden Grundstücke mit Häusern besetzt sind oder werden (vgl. §§ 36 ff. ALR. I 8), so dient wiederum die Straße in erster Linie für die daran gebauten Häuser als notwendiges Kommunikationsmittel und gewährt ihnen zugleich den für die Befriedigung ihres Lichtbedürfnisses wesentlichen freien Raum." Preuß. OVG. Entsch. Bd. 18 S. 382; Bd. 23 S. 361, Bd. 24 S. 79, Bd. 36 S. 234.

Die öffentlichen Wege sind entweder große Verkehrsstraßen, die verschiedene Landesteile untereinander und mit dem Ausland verbinden (Land-, Heer-, Staatsstraßen, Chausseen), oder solche, die mehr das örtliche Verkehrsbedürfnis befriedigen. Letztere vermitteln als Kreis-, Bezirks-, Distriktsstraßen, wohl auch Vizinal-, Kommunikationswege genannt, am besten aber mit „Gemeindewege" bezeichnet[4]), den Verkehr zwischen benachbarten Ortschaften; Ortswege, Ortsstraßen dagegen heißen sie, sofern sie in der Ortschaft selbst liegen. Dabei ist selbstverständlich, daß innerhalb des engeren Gebiets der größere Weg die Aufgaben des kleineren mitübernimmt. Eine Land- oder eine Gemeindestraße, die durch eine Ortschaft geht, hat innerhalb der Ortslage den Charakter einer Ortsstraße. Deshalb ist es richtig, wenn Flad sagt: „Die Ortsstraßen bilden nicht eine besondere, den Landstraßen, Kreisstraßen und Gemeindewegen gleichgeordnete Klasse von öffentlichen Wegen, sondern sie gehören mit gewissen durch ihre Natur als Ortsstraßen bedingten Eigentümlichkeiten jeweils zu einer dieser drei Kategorien[5])."

Nun sind aber nicht alle innerhalb des Ortsgebiets verlaufenden öffentlichen Wege Ortsstraßen, sondern nur solche, die neben dem Verkehre einem geordneten Anbau dienen. Nicht braucht jede Ortsstraße zwei fortlaufende Häuserreihen aufzuweisen, es genügt, daß nach Lage der Verhältnisse nur die eine Seite zum Anbau bestimmt ist, während auf der andern z. B. Parkanlagen sich hinziehen oder ein Flußufer läuft. Ausnahmsweise kann es vorkommen, daß beide Seiten von der Bebauung frei bleiben sollen, so namentlich bei Straßen, die die innere Stadt mit den Vorstädten verbinden und hierbei durch einen Anlagegürtel führen. Dann ist im Einzelfall festzustellen, ob diese Straße im Zusammenhang mit dem Gesamtstraßennetze zu den Ortsstraßen zu zählen ist oder nicht. Die Art der Einrichtung wird meist hierbei ausschlaggebend sein[6]). Den Ortsstraßen sind die öffentlichen Plätze in rechtlicher Beziehung gleichzustellen, sofern sich nicht aus ihrer natürlichen Beschaffenheit etwas anderes ergibt. Das für jene Gesagte gilt im Zweifel auch für sie.

[4]) Mit v. Haebler, Das Wegerecht im Königreich Sachsen. Leipzig 1913.

[5]) Flad, Das badische Ortsstraßengesetz vom 15. Oktober 1908, S. 156.

[6]) Vgl. Friedrichs a. a. O. S. 14.

Die Besonderheit der Ortsstraßen, dem Anbau zu dienen, bringt es mit sich, daß die Begrenzungslinien von weit größerer Bedeutung sind, als es bei anderen Wegen der Fall ist. Um einen geregelten Anbau zu erzielen und dadurch planmäßig das städtische Straßennetz auszugestalten, werden von der öffentlichen Verwaltung die Fluchtlinien festgesetzt. Man unterscheidet zwei Arten von solchen Fluchtlinien: Straßen- und Baufluchtlinien. Die Straßenfluchtlinie trennt die dem öffentlichen Gebrauch gewidmeten und daher der Benutzung und Einwirkung Privatberechtigter im allgemeinen entzogenen Wegeanlagen von dem der privaten Benutzung und Verfügung verbliebenen Boden. Sie ist deshalb meistens, wenn auch nicht notwendigerweise, zugleich die Grenze zwischen Straßenland und Grundeigentum des Anliegers. Stehen die anliegenden Häuser unmittelbar an der Straße, so fällt die Straßenfluchtlinie zusammen mit der Baufluchtlinie, das ist die Linie, über die hinaus eine Bebauung unzulässig ist. Früher bildete die Straßenfluchtlinie regelmäßig zugleich die Baufluchtlinie[7]). Indes mit dem gewaltigen Aufschwung, den das deutsche Städtebauwesen in letzter Zeit genommen hat, ist immer mehr die hohe kulturelle und wirtschaftliche Bedeutung erkannt worden, die einer guten, zweckmäßigen Baulinienführung zukommt[8]). Das Bestreben, mehr Licht und Luft in die Straßen einzuführen und durch die Schaffung grüner Flächen Leben und Schönheit in die toten Steinmassen zu bringen und auch auf diese Weise zur Erziehung gesünderer Stadtbewohner beizutragen, hat in Verbindung mit wirtschaftlichen Vorteilen dazu geführt, häufiger als früher eine von der Straßenfluchtlinie abweichende Baulinie anzulegen. Mit wachsendem Verkehrsbedürfnis macht sich nämlich sehr oft eine entsprechende Erweiterung der Straße notwendig, die dann ohne den kostspieligen Erwerb im Wege stehender Bauten leichter erreicht werden kann. Auf dem zwischen beiden Linien liegenden Raum werden Vorgärten eingerichtet. Die Bebauung dieses Vorgartenlandes ist unzulässig, obwohl dieser Teil des Grundstücks im Eigen-

[7]) Preuß. Fluchtliniengesetz vom 2. Juli 1875, § 1 Abs. 4 (s. oben S. 13 Anm. 2).

[8]) Der bayerische Ministerialerlaß vom 18. Juli 1905 weist auf die hervorragende wirtschaftliche und schönheitliche Bedeutung der Baulinienführung hin und erläutert die wichtigsten Grundsätze, nach denen bei Aufstellung von Baulinienplänen zu verfahren ist.

tum des Anliegers verbleibt. Der Vorgarten ist nicht Teil der Straße; „er ist vielmehr begrifflich und bestimmungsgemäß das Bindeglied zwischen der Straße und dem Baugrundstück und als eine dem Hofraum gleichstehende Nebenanlage eine Zubehörung des auf letzterem errichteten Gebäudes[9])." Wohl aber ist er ein viel stärkeren Beschränkungen als das übrige Privatgrundstück unterworfener Raum. Er steht unter den Einwirkungen der Straße, trägt mit dazu bei, daß die Straße ihre Zwecke besser erfüllt, und ist deshalb dem Straßenland in mancher Hinsicht auch gleichgestellt.

Zur Lösung der vorliegenden Aufgabe wird es unerläßlich sein, sich Klarheit zu verschaffen über die Rechtssubjekte, die an der Ortsstraße beteiligt sind. Die Verhältnisse liegen nicht immer gleich. Oft finden sich mehrere Befugnisse in einer Hand vereinigt, ein andres Mal sind sie wieder getrennt. Dabei kommen nicht nur Personen des öffentlichen Rechts in Betracht, sondern auch Privatpersonen.

Die öffentlichen Straßen und Plätze in den Städten und Dörfern sind nicht herrenloses Gut, an denen überhaupt kein Eigentumsrecht bestände[10]). Auch sie stehen im Eigentum bestimmter Rechtssubjekte. An und für sich kann jede rechtsfähige Person ihr Eigentümer sein, also auch jede Privatperson. Aber die Zweckbestimmung der öffentlichen Straßen und Plätze drängt darauf hin, daß sie einem Subjekte der öffentlichen Verwaltung zugehören. Deshalb bildet das Eigentum von Privatpersonen an öffentlichen Wegen und Plätzen, ganz besonders aber an Ortsstraßen, gegenüber dem Eigentum von Staat und Gemeinde die Ausnahme. Regelmäßig ist die Gemeinde Eigentümerin des Straßenlandes. Die alte Lehre, daß alles Stadtvermögen mittelbares Staatsgut sei, ist aufgegeben worden, vor allem seit der Stein-Hardenbergschen Reformgesetzgebung vom Jahre 1808, die die Selbstverwaltung der städtischen Angelegenheiten durch

[9]) Jebens, Der Vorgarten, Preuß. VBl. Bd. 26 S. 819 ff.; v. Kamptz, Rechtspr. des OVG. 5. Erg.-Bd. S. 730 f.; Preuß. OVG. Entsch. Bd. 33 S. 422, Bd. 34 S. 421; Friedrichs a. a. O. S. 33.

Anderer Ansicht ist Walz in seinem badischen Ortsstraßenrecht S. 42, der die Ortsstraße auch beim Auseinanderfallen von Straßen- und Baufluchtlinie bis zur Baufluchtlinie rechnet.

[10]) Preuß. OVG. 29. Dezember 1883 (Entsch. Bd. 10 S. 200).

die von der Bürgerschaft selbst gewählten Organe brachte und dem Staat nur das Aufsichtsrecht vorbehielt. Jetzt ist der Staat insoweit noch Eigentümer von Ortsstraßen, als eine Staatsstraße durch eine Ortschaft führt. Wenn auch die Straße den Charakter einer Ortsstraße erhält und hinsichtlich des Wegebaues dann besondere Bestimmungen vorhanden sind, bleibt das Straßenland zunächst doch im Eigentum des Staates. Da eine Beschränkung des Inhalts, daß öffentliche Wege nur Rechtssubjekten der öffentlichen Verwaltung gehören könnten, nicht vorhanden ist, kann also auch eine Privatperson Eigentümerin des öffentlichen Weges sein. Die Öffentlichkeit lastet in solchem Falle als sogenannte öffentlichrechtliche Grunddienstbarkeit auf dem im Eigentum der Privatperson verbleibenden Grund und Boden. Dieses Eigentum ist dann in seinen privatrechtlichen Wirkungen so lange und insoweit beschränkt, als es für den öffentlichen Verkehr in Anspruch genommen ist. Wohl davon zu unterscheiden ist eine Privatstraße, die der Eigentümer dem Verkehr freiwillig geöffnet hat. Hier wie dort steht das Straßenland in seinem Privateigentum, aber eine solche Privatstraße dient dem Gemeingebrauch nur dank der Bereitwilligkeit ihres privaten Eigentümers, nicht wie die öffentliche Straße kraft Widmung. Diese Widmung aber ist das Wesentliche für die Öffentlichkeit einer Sache. „Widmen" kann nur ein Rechtssubjekt der öffentlichen Verwaltung, dem nach den Gesetzen die Herstellung öffentlicher Wege obliegt, nicht aber die Privatperson. Da die Privatstraße kein öffentlicher Weg ist, steht es ganz im Belieben des Eigentümers, sie dem öffentlichen Verkehr wieder zu entziehen. Er allein hat Verfügungsrecht darüber. Eine solche Privatstraße kann nach der oben gegebenen Begriffsbestimmung nie Ortsstraße sein und kommt in Städten höchstens als Zufahrtsweg, Durchgang oder in anderer untergeordneter Form vor.

Das Eigentum des Staates oder der Gemeinde an der Straße bedarf ebenso wie das des Privaten zur Öffentlichkeit der besonderen Indienststellung, der Widmung. Erst durch diese betätigte öffentlichrechtliche Willenskundgabe wird das Straßenland zur öffentlichen Straße [11]). Diese Öffentlichkeit behält der Weg, wenn auch der Verkehr

[11]) Außer durch Widmung kann ein Weg als öffentlicher auch dem Gemeingebrauch dienen auf Grund einer seit unvordenklicher Zeit stattfindenden ungehinderten und allgemeinen Benutzung, die vom Staat oder der Gemeinde ge-

sich von ihm abwendet, und er verliert sie erst durch das Gegenstück zur Widmung: die Einziehung. Bis dahin ist jene öffentlichrechtliche Verfügungsmacht über den Weg begründet, die als Wegeherrschaft bezeichnet wird. Sie ist unbestritten öffentlichrechtlich und kann ihrem Wesen nach nur einem Rechtssubjekt der öffentlichen Verwaltung zustehen. Auf ihrer Verschmelzung mit der sachenrechtlichen Herrschaft beruht das öffentliche Sachenrecht Otto Mayers. Der öffentliche Weg erscheint als ein Gut höherer Art, das um seines Zweckes willen dem oft rücksichtslose Durchführung verlangenden Privatrechte entzogen wird und nur solchen Rechten zugängig ist, „die nach dem Ermessen der zur Hütung dieses Zweckes bestimmten Behörde mit demselben vereinbar und die überdies an die Bedingung gebunden sind, daß sie das auch dauernd bleiben“ [12]). Die Straße kann dem Subjekte der öffentlichen Gewalt zugehören in drei Formen: als öffentliches Eigentum, wenn die rechtliche Herrschaft dieses Subjektes die Sache umfassend und ausschließend ergreift, so daß kein Recht eines andern Eigentums übrigbleibt; als öffentlichrechtliche Grunddienstbarkeit, wenn bei fortbestehendem Privateigentum ein nur beschränktes öffentliches Recht an der Straße zugunsten von Staat oder Gemeinde begründet ist; als öffentlichrechtlicher Besitz, falls der Gebrauch der Sache für den öffentlichen Zweck nur geduldet wird, also die Herrschaft, in der die Sache erfaßt wird, nur eine rein tatsächliche ist.

Die Lehre Otto Mayers hat viele Anhänger gefunden, und das sächsische Oberverwaltungsgericht gibt in seiner sonst auf gegenteiligem Standpunkt stehenden Entscheidung vom 9. Februar 1910 (Jhrb. Bd. 15 S. 175) selbst zu, daß mit ihrer Annahme vielleicht in mancher Hinsicht eine einfachere und gleichmäßigere Beurteilung aller die öffenlichen Wege betreffenden Angelegenheiten herbeigeführt werden könnte, als es jetzt möglich ist. Ebenso zahlreich sind aber auch die Gegner, die alle mehr oder weniger für das durch das öffentliche Recht nur beschränkte Privateigentum eintreten. Der Ge-

ordnet und geschützt wird. Vgl. darüber Hawelka, Die Rechte an öffentlichen Wegen in Österreich. Wien und Leipzig 1910, S. 16 ff. Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, 2 Bd. § 36 Anm. 16.

[12]) Otto Mayer, Eisenbahn und Wegerecht im Arch. f. öff. Recht, Bd. 16 S. 66.

danke, daß durch dieses neugestaltige, dominium und imperium umfassende, dem Privatrecht entzogene Recht noch eine zweite Art von Eigentum geschaffen würde, obwohl doch das Eigentum seinem Wesen und Inhalt nach ein einheitliches und unwandelbares Recht sei, führt sie zur Leugnung eines öffentlichen Eigentums. Sie verkennen vollständig, daß es auch nach Otto Mayer nur ein Eigentum gibt, daß dieses aber in Verbindung mit der öffentlichen Gewalt als neue Einheit erscheint. Eingang ins Gesetz hat dieses dem französischen domaine public entsprechende Recht in Elsaß-Lothringen gefunden, indem der § 44 ff. des AG. z. BGB. bestimmt, daß die öffentlichen Straßen wie alle zum öffentlichen Gut gehörenden Sachen im öffentlichen Eigentum stehen und nicht von Privatpersonen erworben werden können.

Die gegnerische und vorläufig, namentlich in Preußen, noch überwiegende Lehre läßt zwischen dem privatrechtlichen Eigentum an den öffentlichen Wegen, das einem Subjekt der öffentlichen Verwaltung zusteht, und der öffentlichrechtlichen Wegeherrschaft eine scharfe Scheidung eintreten. Alle im Privatrecht ruhende Verfügungsmacht gehört hiernach nicht zur Wegeherrschaft. Die Wegeherrschaft „beginnt gerade dort, wo diese privatrechtlichen Rechte am öffentlichen Wege eingeschränkt werden, also bei der öffentlichrechtlichen Zweckgebundenheit des Weges, die ganz klar und sinnfällig bei dem Auseinanderfallen von öffentlichrechtlicher Wegeherrschaft und privatrechtlichem Wegeeigentum zutage tritt, gedanklich aber auch bei ihrem Zusammenfallen unter dem Bilde eines Rechtes an der eigenen Sache vorgestellt werden kann, — gerade bei dieser öffentlichrechtlichen Einschränkung des privatrechtlichen Rechtes am Wege beginnt der Inhalt des öffentlichrechtlichen Rechtes der Wegeherrschaft“[13]).

Nicht gleichzusetzen mit der Wegeherrschaft ist die Wegepolizei. Als Straßenbaupolizei hat sie den unversehrten Zustand der Wegeanlage selbst und als Straßenverkehrspolizei die Ordnung des sich darauf bewegenden Verkehrs zu überwachen. Wegeherrschaft wie Wegepolizei sind die Ausflüsse der nach außen stets nie Ganzes bildenden öffentlichen Gewalt. Sie brauchen deshalb aber durchaus nicht immer bei derselben Behörde zu liegen, sondern es

[13]) Kormann, Grundzüge des sächsischen Wegerechts, Fischers Zeitschrift Bd. 43 Heft 1/2.

kann sehr wohl die Gemeinde die Straßenherrschaft ausüben, die Straßenpolizei aber staatlich sein; oft freilich ist auch diese auf ein Gemeindeorgan übertragen[14]).

[14]) Für Sachsen: Entscheidung des Min. d. Inn. vom 14. April 1900 (Fischers Zeitschrift Bd. 21 S. 320): „Nach sächsischrechtlichen Grundsätzen unterliegen, abgesehen von den Staatsstraßen, alle öffentlichen Wege der Herrschaftsgewalt derjenigen Gemeinde, in deren Bezirk sie sich befinden, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob auch der zugehörige Grund und Boden in ihrem Eigentume steht; denn auf die privatrechtlichen Eigentumsverhältnisse hat bekanntlich der Umstand, daß das betreffende Grundstück als öffentlicher Weg benutzt wird, keinerlei Einfluß."

Straßenpolizeibehörde ist in Sachsen in der Regel die Amtshauptmannschaft, in Städten mit RStO. der Stadtrat.

III.

Die Vorbauten

Die deutschen Landesrechte und die örtlichen Baupolizeiordnungen gestatten entsprechend der von alters her bestehenden Übung und herrschenden Rechtsanschauung die Vorbauten auf das im Gemeingebrauch befindliche Straßenland in größerem oder geringerem Umfange. Die Überschreitung der Straßengrenze beim Errichten von Gebäuden ist eine Erscheinung, die dem öffentlichen Rechte untersteht, nicht wie andere Überbauten auf fremdes Eigentum dem Privatrecht. Im Privatrecht sind es wirtschaftliche Rücksichten, die es nicht zweckmäßig erscheinen lassen, dem betroffenen Nachbar sein aus dem Eigentum folgendes Recht auf Beseitigung des Baues in vollem Umfange zu gewähren. Er muß vielmehr die bauliche Inanspruchnahme seines Grundstücks unter gewissen Voraussetzungen dulden, nämlich wenn das Überschreiten der Grenze nicht auf Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit beruhte und wenn er nicht vor oder sofort nach der Grenzüberschreitung Widerspruch erhoben hatte (BGB. § 912). Ist aber das benachbarte Grundstück ein dem öffentlichen Verkehr dienender Weg, insbesondere eine Ortsstraße, so sind es höhere Interessen, die auf dem Spiele stehen und denen die privatwirtschaftlichen weichen müssen. Die Interessen der Gesamtheit können nicht mit dem Rechte der Einzelperson, das auf der Gleichberechtigung der Individuen beruht, genügend geschützt werden. Das scheinbare Recht würde hier zum Unrecht. Das ist, wie bei vielem andern, auch bei den Ortsstraßen lange verkannt worden. Zahlreiche rechtliche Verhältnisse an den Ortsstraßen wurden nach Privatrecht beurteilt, während ihnen allein das öffentliche Recht hinreichend Rechnung zu tragen weiß. Unbeschadet polizeilicher Interessen sollte der § 912 BGB. auch hier

bei den Vorbauten an Ortsstraßen Anwendung finden[1]). Von einem darauf beruhenden Entschädigungsanspruch[2]), einem Recht auf Abkauf oder einem Verlust des Beseitigungsrechts im Falle, daß dem Vorbauenden Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit nicht zur Last fällt oder der Straßeneigentümer nicht sofort nach Grenzüberschreitung Widerspruch erhoben hat, also den wesentlichen Punkten des Überbaues nach Privatrecht, kann jedoch hier im öffentlichen Recht keine Rede sein. Hier wie dort handelt es sich um ein Bauen über die Grenze durch den Eigentümer eines Grundstücks bei der Errichtung baulicher Anlagen. In unserem Falle ist der Grundstückseigentümer Anlieger an der Ortsstraße, das Nachbargrundstück also die Ortsstraße und die Grenze ist die Fluchtlinie[3]). Die Landesgesetze und Ortssatzungen unterscheiden gewöhnlich zwischen Vorbauten, die in den eigentlichen Straßenraum, also über die Straßenfluchtlinie, und solchen, die über die Baufluchtlinie in den Vorgartenraum hineinragen. Bei den letzteren sind meist größere Ausladungen zugelassen, namentlich dann, wenn der Vorgartenraum voraussichtlich als solcher erhalten bleibt und nicht ins Ortsstraßenland einbezogen werden soll. Spricht das Gesetz nur vom Verbot des Vorbauens über die Fluchtlinie[4]), so ist darunter die Baufluchtlinie zu verstehen, entsprechend ihrer Bestimmung als vordere Bebauungsgrenze zu dienen. Ja selbst dann, wenn das Gesetz das Vorbauen über die Straßenfluchtlinie regelt, geschieht es nur deshalb, weil dann die Straßenfluchtlinie mit der Baueflucht zusammenfällt.

Die Bezeichnung „Überbau" wird für die Vorbauten an Ortsstraßen besser vermieden, da mit dem Begriff „Überbau" eine bestimmte Reihe von Rechtsgedanken durch das Privatrecht verbunden ist, und zudem bei solchen ins Vorgartenland ragenden Vorbauten,

[1]) Preuß. VBl. Bd. 22 S. 544 ff.; vgl. dagegen Wolff, Der Bau auf fremdem Boden S. 101.

[2]) Die im letzten Abschnitt behandelte Erkergebühr liegt auf einem andern Gebiet.

[3]) Die Straßenfluchtlinie bildet gewöhnlich die Eigentumsgrenze. Es kann aber auch die Straße in Ausübung einer öffentlichrechtlichen Grunddienstbarkeit über den Grund und Boden des Anliegers gelegt werden. Dann bildet die Straßenfluchtlinie nur die Grenze zwischen freiem und belastetem Eigentum des Anliegers. Vgl. oben S. 15.

[4]) Badisches Ortsstraßengesetz von 1908, § 9 Abs. 4.

also einer gerade jetzt immer häufiger werdenden Erscheinung, sowie dann, wenn der Straßenkörper im Eigentum des Anliegers sich befindet und die Öffentlichkeit nur als öffentlichrechtliche Dienstbarkeit darauf lastet, der Ausdruck Überbau, d. h. Bau über die Eigentumsgrenze hinaus, nicht zutrifft. Die Gesetze sprechen von Vorbauten, Vorsprüngen, Vorlagen, dem Vortreten einzelner Bauteile oder ähnlich.

Stets handelt es sich um Teile von Gebäuden. Über die glatte Fläche der vorderen Hauswand, also über das nackte Mauerwerk, für das die Baufluchtlinie maßgebend ist, treten feste, zum Haus gehörige Bestandteile vor. In Betracht kommen also nur bauliche Anlagen, sei es nun, daß es Teile der Umfassungsmauer sind oder solche Bauteile, die mit dem Gebäude in konstruktivem baulichen Zusammenhange stehen[5]). Die bloße Verbindung mit der Umfassungsmauer des Hauses genügt dazu allein nicht und wäre sie noch so fest. Demnach gehören am Hause angebrachte und über die Grenze hervorragende Schaukästen, Briefkästen nicht dazu, ebensowenig wie angebaute Schuppen, Buden, Gartenlauben und ähnliche kleine Nebenanlagen[6]). Der Ausdruck Vorbauten d. h. vorgebaute Teile des Hauses entspricht deshalb dem Wesen der Sache am meisten.

Eine erschöpfende Aufzählung der verschiedenen an Ortsstraßen sich findenden Vorbauten ist natürlich ausgeschlossen. Es seien deshalb nur als die wichtigsten erwähnt: Freitreppen, Vorstufen, Sockel, Risalite, Wandpfeiler (Pilaster), Portale, Torwege, Türhäuschen, Lauben-, Säulengänge (Kolonnaden), Erker, Balkone, Söller, Galerien (Umgänge), Altane, Gesimse, überspringende Dächer, vorragende Fenster (Vorfenster), Türen, Läden, sowie Ausbauchungen der Umfassungsmauer. Freilich kommt es auch hier auf den Einzelfall an, und wenn nach der Sachlage Schilder, Schaukästen, Sonnendächer, Laternen u. a. als Gebäudeteile anzusehen sind, so steht ihrer Einbeziehung in den Kreis der Vorbauten nichts entgegen[7]). Es ist des öfteren bezweifelt worden, ob die in den Luftraum vorspringenden Bauteile, also Balkone usw., oder solche unterhalb der Erdober-

[5]) Preuß. OVG. 8. Juli 1901 (Preuß. VBl. Bd. 23 S. 329), v. Kamptz, Rechtsprechung des Kgl. Preuß. OVG. 2. Erg.-Bd. S. 527.

[6]) Vgl. Baltz, Baupolizeiordnung für den Stadtkreis Berlin vom 15. August 1897, § 13.

[7]) Vgl. Otto Flad, das badische Ortsstraßengesetz, Anm. 11 zu § 9.

fläche, wie Keller, mit hierher zu rechnen seien. Mit Recht ist dies, wie auch für den Überbau im Privatrecht bejaht worden[8]). Das Recht des Eigentümers erstreckt sich auf den über und unter der Grundfläche befindlichen Raum, soweit ein vernünftiges Interesse daran besteht; aber auch die Zwecke der Straße fordern gebieterisch ein Freihalten des Raumes über und unter der Oberfläche von unerlaubten Privateingriffen. Man denke nur an die zahlreichen Leitungen und sonstigen Anlagen, die im Straßenkörper und in dem über ihm befindlichen Luftraum laufen[9]).

Mehr als ein bloßer Vorbau liegt vor, wenn zwischen zwei gegenüberliegenden Häusern durch vollständige Überbrückung der Straße ein Verbindungsgang geschaffen wird[10]).

Für das Eigentum am Vorbau gilt das Akzessionsprinzip des römischen Rechts: superficies solo cedit ebensowenig wie für den Überbau im Privatrecht. Das deutsche Recht ließ niemals den Eigentümer des überbauten Grundstücks das Eigentum an dem herüberragenden Gebäudeteile erwerben, indem es so eine künstliche Zerreißung des eine wirtschaftliche Einheit bildenden Gebäudes vermied. Der Vorbau ist also kein Teil der Ortsstraße. „Das Eigentum der Stadtgemeinde am Straßenland und ihre öffentlichrechtliche Herrschaftsmacht erstreckt sich zwar auch auf die darüber befindliche Luftsäule, aber keineswegs auf etwaige an den angrenzenden Häusern angebrachte An- und Vorbauten, die über die Straßenfluchtlinie hervortreten. Diese hören hierdurch nicht auf, Bestandteile des betreffenden Gebäudes zu sein; sie stehen infolgedessen im Eigentume des Hauseigentümers, aber nicht in dem der Stadtgemeinde als Eigentümerin des öffentlichen Straßenlandes und unterliegen auch nicht ihrer Herrschaftsgewalt"[11]).

[8]) Sächs. OVG. 11. Jan. 1908 (Jhrb. 12. Bd. S. 109, 111), Preuß. OVG. 13. Nov. 1891 (Preuß. VBl. 13. Bd. S. 259).

[9]) Walz, Das badische Ortsstraßenrecht, S. 121, dehnt die Zweckbestimmung des Baufluchtenzwanges nur auf solche Bauten aus, die über die als Straßenhöhe bez. Bauebenen bezeichnete Fläche hervorragen. — Das badische Ortsstraßengesetz von 1908 erwähnt in § 9 Abs. 4 aber gleichfalls „Kellerschachte" unter den über die festgestellte Fluchtlinie hervortretenden Gebäudeteilen.

[10]) Sächs. OVG. 11. Jan. 1908 (Jhrb. 12. Bd. S. 109, 111)

[11]) Urteil des sächs. OVG. vom 9. Dezember 1913 (Jhrb. 21. Bd. S. 7). Es handelte sich hier darum, ob die Stadt L. berechtigt ist, für die Schanker-

Es ist aber auch das Gegenteil behauptet worden, nämlich daß der Überbauende Eigentum am Straßengelände erwerben könne und zwar durch Ersitzung. An einem solchen öffentlichen Eigentum kann aber durch Ersitzung unmöglich Privatrecht erworben werden[12]). Anders liegt es natürlich, wenn der Anlieger die Erdbodenfläche unter dem Vorsprung nicht erst durch Ersitzung erworben zu haben meint, sondern sie als sein ursprüngliches Eigentum in Anspruch nimmt. Das ist in älteren Städten und Stadtteilen ein gar nicht seltener Fall. Namentlich bei Vortreppen, Vorstufen, deren Anlegung bei den geringer entwickelten Verkehrsverhältnissen früher durchaus nicht als Störung empfunden und deshalb ruhig von der Obrigkeit geduldet wurde, deren Beseitigung aber nunmehr dringend gefordert werden muß, hat dies schon sehr oft zu Streitigkeiten geführt. Ein klares Urteil darüber, wem der Boden gehört, läßt sich bei dem hierfür zu Gebote stehenden dürftigen Material häufig gar nicht gewinnen[13]).

laubnis auf einem Balkon über dem Straßengrund eine besondere Steuer zu verlangen, da in L. für die Benutzung öffentlicher Verkehrsräume zu gewerblichen Zwecken eine Abgabe erhoben wird. Das sächs. OVG. urteilt mit Recht, daß der Balkon im Eigentum des Anliegers stände, ein Schank im öffentlichen Verkehrsraum also gar nicht stattfände und die für das Haus erteilte Genehmigung zum Schankbetrieb sich auf den Vorbau mitbeziehe.

[12]) Vgl. auch ALR. I 9 § 581: Wenn eine Sache durch Gesetze dem bürgerlichen Verkehr ganz entzogen worden, so kann sie durch keine Verjährung erworben worden. — Preuß. VBl. Bd. 19 S. 283.

[13]) Preuß. OVG. 4. Mai 1895 (Preuß. VBl. Bd. 17 S. 76 ff.).

IV.

Die Erlaubniserteilung zum Vorbau

Die Baufluchtlinie bedeutet, wie wir oben sahen, die für die anliegenden Grundstücke einzuhaltende Bebauungsgrenze. Es würde aber dem Straßenbilde nicht zum Vorteil gereichen und auch weit über den Zweck der Baulinie hinausgehen, wenn diese Linie als eine unüberschreitbare Schranke für jedes bauähnliche Gebilde aufgefaßt würde. Sehr oft werden durch die Baupolizei gegliederte Vorderseiten der Gebäude geradezu vorgeschrieben. Dann kann die festgestellte Fluchtlinie nicht für die vorspringenden Teile, also die weitesten Ausladungen, maßgebend sein; sondern allgemein wird unter Bauflucht die sogenannte „gute Flucht" verstanden, das ist die für die vordere Mauerwand bestehende Begrenzungslinie. Vorbauten, die keine nennenswerte Beeinträchtigung des Gemeininteresses bilden, sind durchaus mit einer strengen Durchführung der Baufluchtlinie zu vereinbaren; sie sind zulässig, sofern sie nur den an sie gestellten Anforderungen genügen. Damit erledigt sich von selbst die Streitfrage, ob auf einem älteren Gesetz beruhende Vorbauten auch nach Eintritt eines Fluchtliniengesetzes noch möglich seien. So sind in Preußen durch ALR. I 8 §§ 79, 80 Vorbauten in gewissen Grenzen zugelassen. Nach richtiger und allgemein anerkannter Ansicht ist daran durch § 11 des preußischen Fluchtliniengesetzes vom 2. Juli 1875 nichts geändert worden[1]). Nach wie vor ist also eine solche Überschreitung der Fluchtlinie möglich.

[1]) Fluchtliniengesetz vom 2. Juli 1875, § 11: „Mit dem Tage, an welchem die im § 8 vorgeschriebene Offenlegung (des Bebauungsplanes) beginnt, tritt die Beschränkung des Grundeigentümers, daß Neubauten, Um- und Ausbauten über die Fluchtlinie hinaus versagt werden können, endgültig ein . . ."

Aus den Worten „versagt werden können" darf diese Zulassung von Vorbauten jedoch nicht gefolgert werden; denn sie besagen nicht, daß die Genehmi-

Bevor wir auf die Frage eingehen, welche Behörde berechtigt ist, einen solchen Vorbau auf Straßen- bez. Vorgartenland zu gestatten, muß festgestellt werden, welcher Art dieser Eingriff in die fremde Rechtssphäre ist.

Soviel steht fest, daß der Vorbau an der Ortsstraße eine Benutzung der Straße darstellt, und zwar auch dann, wenn er nur die Baufluchtlinie, nicht aber die Straßenfluchtlinie überschreitet; denn das Vorgartenland dient einem besseren Gebrauch des Straßenlandes und seine Inanspruchnahme wirkt mithin beeinträchtigend auf die Straße überhaupt. Daß hierbei der in den Luftraum ragende Vorbau dem fest auf Straßengrund ruhenden und dem darunter befindlichen gleichsteht, wurde schon oben erwähnt.

Die Ortsstraße kann in der verschiedensten Weise benutzt werden. Die Behörde wird um so leichter geneigt sein, eine Benutzung zu dulden, je geringer der Einfluß ist, den eine solche private Inanspruchnahme auf die Straße ausübt, je weniger die übrigen Straßenzwecke darunter leiden. Von diesem Gesichtspunkte aus unterscheidet man gewöhnlich drei Benutzungsarten: Gemeingebrauch, Sondernutzung kraft Erlaubniserteilung und Sondernutzung kraft Rechtsverleihung.

Als Ausübung des Gemeingebrauchs kann nur eine solche Benutzung angesehen werden, die unmittelbar erfolgt, die keine besondere Zulassung zur Voraussetzung hat, sondern ohne weiteres von jedem ausgeübt werden kann, wie Gehen, Fahren, Reiten, Fortschaffen von Sachen und vieles andere, was sich gelegentlich des Straßenverkehrs „als Benutzung von selbst ergibt“ [2]). Als Gemeingebrauch darf man

gung des Baues in das Ermessen der Behörde gestellt ist, sondern sprechen nur aus, daß der Grundeigentümer kein Recht auf Bebauung mehr hat.

RG. 14. Dezember 1892 (Entsch. Bd. 30 S. 246–250), Preuß. OVG. 3. November 1891 (Entsch. Bd. 22 S. 372 ff.), Preuß. VBl. Bd. 19 S. 307 ff.

[2]) Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht Bd. 2 S. 119.

Namentlich die kleine Landstadt, in der sich ein guter Teil des geschäftlichen und geselligen Lebens auf der Straße abspielt, zeigt hinreichend, daß der Gemeingebrauch sich nicht im Gehen, Fahren, Reiten erschöpft. Indes spielt gerade beim Gemeingebrauch die Sitte eine nicht zu unterschätzende Rolle und was in kleinen Städten ohne weiteres als im Gemeingebrauch enthalten geduldet wird, kann in verkehrsreicheren Städten als Überschreitung des Gemeingebrauchs empfunden und demgemäß verboten werden.

nicht bloß die erwähnten Betätigungen des die Straße benutzenden Durchgangsverkehrs auffassen, sondern auch die Anlieger können als solche die Straßen auf diese Weise gebrauchen. Die Straßen sind ja nicht bloß zum allgemeinen Verkehre bestimmt, sondern sollen auch den angrenzenden Häusern Zugang, Luft und Licht vermitteln. Der Ausgang der Türen auf die Straße, das Öffnen der Fenster, der Wasserablauf u. a. stellen sich deshalb auch als Formen des Gemeingebrauchs dar. Daß diese Benutzungsmöglichkeiten nicht jedermann offenstehen, sondern eben nur dem Anlieger, ändert an ihrer rechtlichen Natur nichts. Die Anliegereigenschaft ist für sie nur eine tatsächliche Voraussetzung, etwa wie man sagen könnte, daß den Weg nur der befahren kann, der einen Wagen besitzt[3]). Alle diese Benutzungen, die des Durchgangsverkehrs wie die der Anlieger, sind zulässig, ohne daß es einer besonderen Bewilligung durch die Behörde bedarf. Daraus, daß zur Anlegung eines Vorbaus nach dem bestehenden Rechtszustand eine solche aber erforderlich ist, sieht man schon, daß eine Benutzung der Ortsstraße dieser Art nicht als bloßer Gemeingebrauch empfunden wird. Und mit Recht. Denn es würde zu weit gehen und wieder zurück zu jenen in der Einleitung geschilder-

[3]) Anderer Ansicht ist das Reichsgericht, das die Benutzung der Straße durch die Anlieger nicht als Gemeingebrauch auffaßt, sondern besondere Anliegerrechte nach Privatrecht anerkennt und daraus dem Anlieger bei Auflassung, Verlegung, Veränderung der Straße und der damit verbundenen Entziehung oder Schmälerung der Anliegernutzungen einen Entschädigungsanspruch zubilligt. „Die Gemeinde, welche ein gewisses Terrain zur Straße erklärt, fordert damit zur Bebauung der anliegenden Grundstücke unter gewissen, durch Gesetz oder polizeiliche Anordnung regulierten Bedingungen und Beschränkungen auf und bietet als Gegenleistung die Vorteile, welche den Häusern aus dem Gebrauche der Straße erwachsen." (Urteil vom 7. März 1882, Entsch. Bd. 7 S. 215.) Es wird also eine in der Herstellung der Straße und in der Erbauung von Häusern sich kundgebende Willensübereinstimmung erblickt, durch die zwischen Staat bez. Gemeinde und Anlieger ein Vertrag geschlossen wird. Da es sich um dauernde Benutzung zwischen zwei Grundstücken handelt, werden durch den Vertrag servitutarische Rechte begründet (Entsch. des RG. Bd. 44 S. 284; Bd. 56 S. 101). — Auch nach unserer Ansicht soll der in den angegebenen Fällen geschädigte Anlieger nicht ohne Entschädigung ausgehen, nur gründen wir eine solche nicht auf privatrechtliche Ansprüche, sondern allein auf öffentliches Recht. Eine Auflassung, Verlegung, Veränderung der Straße geschieht im öffentlichen Interesse. Es ist billig, daß eine Schädigung des Vermögens eines Privaten, welche hierdurch entstand, nicht auf seine Kosten, sondern zu Lasten der Gesamtheit erfolgt.

ten alten Zuständen führen, wollte man das Vorbauen als eine jedem Anlieger ohne weiteres zustehende Ausübung des Gemeingebrauchs auffassen.

Es bleiben noch die beiden anderen Benutzungsarten: die Sondernutzung kraft Erlaubniserteilung und die Sondernutzung kraft Rechtsverleihung. Eine Straßennutzung nach Gemeingebrauch wird heute fast allgemein zum öffentlichen Rechte gezählt, die Sondernutzungen erfreuen sich dagegen noch nicht dieser uneingeschränkten Anerkennung, und vielfach wird ein solcher Gebrauch noch als zum Privatrecht gehörig betrachtet[4]). Das öffentliche Recht, sagen die Vertreter dieser Richtung, reiche nur so weit wie der Gemeingebrauch, jede über den Gemeingebrauch hinausgehende Nutzung sei privatrechtlich zu beurteilen und nur insofern habe dann das öffentliche Recht noch Einfluß, als die Privatrechte nur unbeschadet des Gemeingebrauchs ausgeübt werden dürfen. Gerade hier bei der öffentlichen Straße sieht man, wie wenig diese Lehre dem Wesen der wichtigsten aller öffentlichen Sachen gerecht wird. Alle Nutzungen, die mit dem Zweck der öffentlichen Sache zusammenhängen, wirken derart auf die Öffentlichkeit ein, daß nur das öffentliche Recht maßgebend sein kann. Allein die zur Wahrung des Zweckes berufene Verwaltungsbehörde vermag zu entscheiden, ob eine solche Benutzung mit dem allgemeinen Wohl verträglich ist.

Der wichtigste Unterschied zwischen den beiden angeführten öffentlichrechtlichen Sondernutzungen besteht in Folgendem: Die Gebrauchserlaubnis ermöglicht dem einzelnen eine im Gemeingebrauch noch nicht enthaltene und darum zunächst verbotene Inanspruchnahme der öffentlichen Straße; sie ist eine Benutzung in gesteigerter Form, die lediglich auf Grund dieser Erlaubnis zulässig ist und die Wiederherstellung einer an sich vorhandenen Freiheit bedeutet. Die Sondernutzung kraft Rechtsverleihung ist eine noch viel stärkere Form der Benutzung einer öffentlichen Sache, indem hier dem einzelnen nicht nur tatsächliche, sondern auch rechtliche Macht gegeben wird über ein Stück der öffentlichen Verwaltung, ihm hier der Besitz der öffentlichen Sache eingeräumt wird mit dem subjektiven öffentlichen Recht, von ihr verleihungsgemäßen Gebrauch zu machen; der Beliehene erhält ein Recht auf die Benutzung, das gegen unrechtmäßige Beeinträchtigung

[4]) Vgl. Preuß. OVG. Entsch. Bd. 28 S. 74 und Bd. 35 S. 26.

und Entziehung durch den Verleihenden im Verwaltungsrechtsverfahren geschützt wird. Diese stärkere Sicherheit gegenüber der Sondernutzung kraft Erlaubniserteilung läßt die Verwendung der Verleihung bei Anlagen größeren Umfangs angezeigt erscheinen, bei Anlagen, die auf längere Dauer berechnet sind und deren gesicherter Fortbestand im berechtigten Interesse des Unternehmers liegt[5]). Immer handelt es sich um Nutzungen, die mit schwerwiegenden Eingriffen in die öffentliche Straße verbunden sind und deren Wirkungen meist über größere Strecken fühlbar sind. Solche Sondernutzungen kraft Rechtsverleihung an der Straße sind das Einbauen von Schienen, Kabeln und Röhren, das Legen von elektrischen Leitungen im Straßengrund und im Luftraum, sowie das dazu erforderliche Aufstellen von Masten, die stärkere Straßenabnutzung durch im Großbetrieb erfolgenden regelmäßigen Omnibus- oder Automobildroschkenverkehr u. a.

Sondernutzungen an der öffentlichen Straße kraft Erlaubniserteilung sind dagegen das Aufstellen von Tischen und Stühlen auf dem Bürgersteig bei Ausübung des Schankbetriebs, das Aufstellen von Baugerüsten, Verkaufsbuden, Trinkhallen, Anschlagsäulen, Wartehäuschen, die Droschkenhaltestellen u. a. Wenn diese Sachen auch vielfach nur vorübergehender Natur sind, wie Baugerüste, Jahrmarktsbuden, so ist die zeitliche Beschränkung doch keineswegs ein Merkmal für Benutzungsmöglichkeiten solcher Art. Sie alle sind Benutzungen über den Gemeingebrauch hinaus, jedoch noch nicht von derartigem Einfluß auf die Straße, daß sie der schweren Form der Verleihung bedürften.

Man kann darüber streiten, ob die Vorbauten an Ortsstraßen zu der einen oder der andern Sondernutzung zu rechnen sind. Daß es sich um fest mit dem Boden verbundene Bauteile handelt, gibt noch nicht den Ausschlag. Es ist zuzugeben, daß das Vorbauen ein stärkerer Eingriff ist als viele andere auf der Gebrauchserlaubnis beruhende Benutzungen der Straße; namentlich ist der Vorbau nicht

[5]) Freilich, wenn der Hauptzweck der Straße ihre Beseitigung verlangt, müssen auch solche Rechte weichen. Es ist dies eine im Interesse der Gesamtheit notwendige Äußerung der obrigkeitlichen Gewalt, die mit der Enteignung von Grundstücken eine gewisse Verwandtschaft hat, auch insofern, als dann hier grundsätzlich Entschädigung gewährt wird.

nur vorübergehender Natur, sondern auf die Dauer berechnet, und eine plötzliche Entziehung der Erlaubnis würde den Anlieger sehr empfindlich schädigen. Wir glauben aber trotzdem, die Rechtslage des Vorbauenden nicht durch ein besonderes subjektives öffentliches Recht erhärten zu müssen, sondern halten im Interesse einer möglichst wenig durch subjektive öffentliche Rechte gebundenen Verwaltung den ihm aus der Gebrauchserlaubnis erwachsenden Schutz für ausreichend[6]). Eine solche Stellungnahme entspricht am meisten der geschichtlichen Entwicklung und steht im Einklang mit den jetzt bestehenden Rechtszuständen.

Schon oben wurde erwähnt, daß gerade bei der Straßennutzung Zeit, Gegend und Sitte starken Einfluß auf die Zugehörigkeit zu einer der drei aufgestellten Benutzungsarten ausüben. Dies gilt natürlich auch für die Nutzungen der Anlieger, insbesondere für die Vorbauten. In der älteren Zeit, aus der Beispiele oben in der Einleitung gegeben wurden, gehörte die Anlegung von Vorbauten zum Gemeingebrauch. Jedermann glaubte, daß das sein gutes Recht sei, genau wie wenn wir heute die Fensterläden nach der Straße zu aufschlagen oder ein Blumenbrett vor unsern Fenstern anbringen. Erst allmählich gewannen die Behörden die Erkenntnis, daß ein derartiger Gebrauch, dessen Ausübung jedem nach Belieben freistand, mit den übrigen Straßenzwecken nicht zu vereinigen wäre, und sie machten deshalb die Errichtung von Vorbauten von der behördlichen Genehmigung abhängig. Diese Einführung der Gebrauchserlaubnis zeigt uns bei rückwärtiger Betrachtung deutlich, daß Meinung und Sitte sich änderten und, was früher für Gemeingebrauch gehalten wurde, nun als eine besondere, stärkere Benutzung über den Gemeingebrauch hinaus galt. Dabei ist es in der Hauptsache geblieben, und nur vereinzelt findet sich die Anschauung, daß dem Anlieger ein besonderes Recht mit der Genehmigung des Vorbaus erwachsen müsse, daß also die Anlegung von Vorbauten zu jener stärksten Art der Straßennutzung gehöre.

Wenn es auch für die öffentliche Verwaltung dienlicher sein mag, das Vorbauen nur zur Sondernutzung kraft Erlaubniserteilung

[6]) Daß die Erlaubnis zur Anlegung von Vorbauten neben der Gebrauchserlaubnis zugleich auch eine Bauerlaubnis enthält, wird weiter unten ausgeführt werden.

zu rechnen, so muß doch gefragt werden, ob mit einer solchen Stellungnahme die Interessen der Anlieger genügend gewahrt werden. Wie steht es insbesondere mit einer Rücknahme der Erlaubnis?

Durch die Erteilung der Gebrauchserlaubnis erwirbt der, zu dessen Gunsten sie besteht, kein Recht auf ihren Fortbestand, sondern die Erlaubnis ist grundsätzlich frei widerruflich. Die polizeiliche Erlaubnis, einen Vorbau anzulegen, ist als Gebrauchserlaubnis ein Fall der Polizeierlaubnis mit allen ihr eigentümlichen Eigenschaften und Wirkungen[7]). Es steht also die Zurücknahme an und für sich frei. Aber die Polizeierlaubnis ist nicht immer ins freie Ermessen gestellt, sondern sie kann sehr wohl auch gebunden sein. So ist eine Polizeierlaubnis für die Behörde bindend, wenn ein besonderer Rechtssatz vorhanden ist, der das bestimmt. Ferner ist die Erlaubnis bindend, wenn sie laut Rechtssatz erteilt werden muß unter bestimmten Verhältnissen und diese sich nicht ändern. Wollte man eine solche Erlaubnis widerrufen, so müßte sie ja sofort wieder auf Ansuchen erteilt werden. Nicht ohne weiteres kann schließlich die ins Werk gesetzte oder wenigstens schon in der Ausführung begriffene Erlaubnis zurückgenommen werden. Hier hat sich rechtmäßig ein neuer Zustand gebildet, auf den sich die persönliche Freiheit ausgedehnt hat, so daß ein Eingriff der Polizei als Härte erscheinen würde. Unter diesem Gesichtspunkt ist auch die Erlaubnis zu Gebäudevorbauten zu betrachten. Es wäre in der Tat für den anliegenden Grundstückseigentümer ein sorgenerregender Zustand, wenn die Entscheidung über die Zurücknahme der Erlaubnis zum Vorbau für alle Zukunft im freien Ermessen der Polizeibehörde stünde, doppelt sorgenerregend, weil er nicht einmal Entschädigung für den Fall des Abbruchs zu erwarten hätte.

[7]) Vgl. Schelcher, Sächsisches Wassergesetz Bd. 2 (1910) S. 83. Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht Bd. II, S. 144 gibt zwar eine große Ähnlichkeit zwischen Gebrauchserlaubnis und Polizeierlaubnis zu, will aber die Gebrauchserlaubnis nicht als einen Fall der Polizeierlaubnis ansehen, da er hier den notwendigen Verwaltungsakt vermißt. In den Fällen, in denen ein untergeordneter Bediensteter, der keine Behörde ist, durch seine Platzanweisung den Gebrauch wirksam eröffnen kann, dürfte jedoch die mit dem Verwaltungsakt zwar nicht wesensgleiche, aber doch nahverwandte Anweisung im Gewaltverhältnis, um das es sich in dem Betrieb öffentlicher Anstalten handelt und das dann stets vorliegen wird, ausreichen zur Erlaubniserteilung. Denn auch diese Anweisung ist ein Befehl, nur ein Befehl in erleichterter Form, der auch ausgehen kann von einer Stelle, die nicht Behörde ist, sofern ein polizeiliches Gewaltverhältnis besteht.

Freilich auch die gebundene Erlaubnis kann bisweilen doch noch zurückgenommen werden, so beim Vorliegen einer besonderen gesetzlichen Ermächtigung zur Rücknahme, bei zulässigerweise vorbehaltenem Widerruf, den sich eine vorausschauende Behörde in vielen Fällen sichern wird, oder dann, wenn von der Behörde gemachte Auflagen nicht berücksichtigt wurden. Außerdem kann die Erlaubnis auch befristet oder bedingt erteilt werden.

Für die Verwaltung ist letztes Endziel nicht die Verwirklichung des Rechts, sondern ein dem Gemeinwesen nützlicher Erfolg. Auch ohne das Vorliegen solcher rechtlicher Ausnahmen kann deshalb die gebundene Erlaubnis doch noch zurückgenommen werden, wenn unvorhergesehene Nachteile für das öffentliche Wohl dringend die Beseitigung des erlaubten Unternehmens fordern. Es tritt jedoch dann jene schon einmal erwähnte Billigkeitsentschädigung ein, da hier zum Wohle der Gesamtheit eine Veränderung erfolgt auf Kosten des einzelnen.

Im ganzen betrachtet wird also schon durch die bloße Gebrauchserlaubnis ein befriedigender Zustand geschaffen, ohne daß es im allgemeinen nötig wäre, dem Anlieger ein subjektives öffentliches Recht zu gewähren, womit Staat und Stadt besser nicht allzu verschwenderisch umgehen und das sie nur in besonders einleuchtenden Fällen, also namentlich bei großen Unternehmungen, den Privaten einräumen sollten. Solche subjektive öffentliche Rechte können bei der Verwaltung gelegentlich recht unbequem werden[8]).

Die Errichtung von Vorbauten an Ortsstraßen ist aber nicht eine Inanspruchnahme der Straße, wie viele andere, die lediglich dem Gebiete der Straßenpolizei angehören. Sondern als Bauwerk unterliegt jeder Vorbau der Genehmigung der Baupolizei. Diese hat die Aufgabe, sämtliche polizeiliche Interessen zu wahren gegenüber den Gefahren, welche durch die Aufführung oder den baulichen Zustand von Bauwerken entstehen können. Deshalb verlangt jeder Bau eine

[8]) Ein Beispiel dafür, daß sich auch die Gesetzgebung in dieser Richtung entwickelt, bietet das sächsische Wasserrecht. Das sächsische Wassergesetz von 1909 ermöglicht eine besondere Nutzung der öffentlichen Gewässer über den Gemeingebrauch hinaus schon auf Grund einer einfachen Polizeierlaubnis und verlangt im Gegensatz zum Regierungsentwurf die Form der Verleihung nur bei Errichtung von Fähren an Regalflüssen (§ 25).

Fleiner, Institutionen S. 305. Walz, Badisches Staatsrecht S. 346.

besondere Baupolizeierlaubnis. Erst durch die erteilte Erlaubnis wird der Bauende von dem allgemeinen Verbote, ohne eine solche Erlaubnis zu bauen, befreit. Auch die Bauerlaubnis ist somit eine reine Polizeierlaubnis. Die Voraussetzungen, unter denen diese Erlaubnis erteilt wird, sind ganz den örtlichen Verhältnissen entsprechend sehr verschieden. An Bauten im Innern der Stadt werden andere Anforderungen gestellt als an solche weiter draußen, in der Kleinstadt oder im Gebirge andere als in der Großstadt oder in der Ebene.

Es ist vielfach behauptet worden, daß es nicht bei der Polizei allein stehe, Vorbauten an der öffentlichen Straße zu gestatten, sondern daß zu einer solchen Erlaubniserteilung auch die Genehmigung des Eigentümers des Straßenlandes erforderlich sei, da durch das Vorbauen in seine Rechte eingegriffen würde. Über dieses Zustimmungsrecht des Eigentümers an der Straße ist man sehr geteilter Meinung sowohl in der Wissenschaft wie in der Rechtsprechung, und auch die Gesetzgebung, wenn man darunter die örtlichen Bauordnungen versteht, weist große Verschiedenheit auf[9]). Natürlich ist es bei Beantwortung dieser Frage von Wichtigkeit, auf welchen Standpunkt man sich stellt, ob man auf den Vorbau an der Ortsstraße das Privatrecht oder das öffentliche Recht anwendet.

Schon oben wurde erwähnt, daß die privatrechtliche Anschauung leider noch stark verbreitet ist und vielfach der Vorbau wie alle Nutzungen an der Ortsstraße, die nicht Gemeingebrauch sind, unter privatrechtlichem Gesichtspunkt behandelt wird. Nach dieser Lehre hat der Eigentümer sein Privateigentum dem öffentlichen Verkehr zur Verfügung gestellt und insoweit ruhen seine Rechte. Sie erheben sich aber sofort wieder zu voller Wirksamkeit, sobald es sich um Verfügungen handelt, die nicht unter den gemeinen Gebrauch fallen[10]). In strenger Verfolgung dieser Ansicht muß man dann, wenn man, wie es in vereinzelten Fällen geschehen ist, die Anlegung von Vorbauten zum Gemeingebrauch rechnet, ein Hinzutreten der Zustimmung des Eigentümers zu der polizeilichen Erlaubnis ablehnen. So sind die Urteile des Landgerichts Hannover vom 6. Juli 1907 und des

[9]) Vgl. darüber Fr. Hawelka, Die Rechte an öffentlichen Wegen in Österreich. Wien und Leipzig 1910, S. 121 ff.

[10]) Germershausen, Das Wegerecht und die Wegeverwaltung in Preußen Bd. I S. 89.

Oberlandesgerichts Cöln vom 28. Juni 1907 zu erklären [11]). Der Cölner Fall ist ein Beispiel der gewöhnlichen Sachlage: Die Polizeibehörde hat die Anlegung eines Vorbaus genehmigt, die Stadtgemeinde als Eigentümerin des Straßenlandes erhebt dagegen Einspruch.

Erblickt man dagegen richtiger in den Vorbauten eine Sondernutzung der Ortsstraße, so ist nach dieser privatrechtlichen Anschauung die Zustimmung des Eigentümers erforderlich; denn dieser kann ja über die innerhalb der gezogenen Schranken verbleibenden Rechte privatrechtlich frei verfügen. Eine Genehmigung der Polizei ohne seine Zustimmung würde einen Eingriff in das Privateigentum bedeuten, das gegen einen solchen nach dieser Lehre auch mit den privatrechtlichen Klagen (actio negatoria in rem) geschützt wird [12]). Wenn, wie es tatsächlich ja vielfach geschieht, diese Zustimmung nicht eingeholt wird, so begründet die Erlaubnis kein Recht gegenüber dem Privateigentümer, sofern man nicht die Zustimmung als stillschweigend erteilt annimmt. Dieser kann also die Beseitigung des polizeilich erlaubten Vorbaus unter Berufung auf sein Eigentum verlangen [13]). Die Zustimmung des Eigentümers darf natürlich auch an Bedingungen geknüpft und von der Zahlung einer Vergütung abhängig gemacht werden [14]).

[11]) Soergel, Jahrbuch der Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht Bd. I (1907/08) S. 52 Nr. 912 und S. 610 Nr. 15; Preuß. VBl. Bd. 29 S. 333, Bd. 30 S. 419; Zeitschrift für Polizei- und Verwaltungsbeamte Bd. 16 S. 281; Das Recht (Rundschau für den deutschen Juristenstand) 12 Sp. 131. So auch Walz, Das badische Ortsstraßenrecht S. 124.

[12]) Vgl. den klassisch gewordenen Fall in Marbach, über den Ubbelohde, Fortsetzung von Glücks Pandekten, Buch 43 und 44, Bd. 4 S. 111 berichtet: Ein Anlieger will mit polizeilicher Genehmigung, aber entgegen dem Willen der Stadtvertretung mit den oberen Stockwerken auf die städtische Straße vorbauen. Die Stadtvertretung bedroht ihn mit privatrechtlicher Klage, bis er schließlich von seinem Vorhaben Abstand nimmt. Vgl. dazu Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht Bd. II § 39 S. 150 Anm. 4.

[13]) So die bei Soergel, Jahrbuch der Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht Bd. II (1909) S. 32 Nr. 903 angeführten Urteile des OLG. Celle vom 28. November 1907 (Rechtspr. der OLG. Bd. 18 S. 121) und des OLG. Cöln vom 21. Oktober 1908 (Rechtspr. der OLG. Bd. 18 S. 121 Anm. 1; Rhein. Arch. Bd. 106 S. 38); Entsch. des Preuß. OVG. Bd. 10 S. 198; Germershausen a. a. O. S. 89 f.

[14]) Preuß. OVG. 7. Jan. 1899 (Preuß. VBl. Bd. 20 S. 332). Näheres darüber unten im letzten Abschnitt (Vorbaugebühr).

Indessen auch bei dieser privatrechtlichen Nutzung an Ortsstraßen gab es doch Fälle, in denen der Privateigentümer der Straße mit gebundenen Händen zuschauen mußte, wie allein kraft polizeilicher Erlaubnis der Anlieger den Straßenboden überbauen durfte. Für das Gebiet des preußischen Landrechts berief man sich auf § 81 des ALR. I 8:

> § 81: Übrigens aber kann jeder Hauseigentümer den sogenannten Bürgersteig, soweit er das Steinpflaster zu unterhalten hat, unter den § 78 bestimmten Einschränkungen selbst nutzen.
> § 78. Die Straßen und öffentlichen Plätze dürfen nicht verengt, verunreinigt oder sonst verunstaltet werden.

Das Eigentum des Straßeneigentümers ist also zur Duldung von Vorbauten auf dem Bürgersteig verpflichtet unter der doppelten Voraussetzung, daß die Polizei es genehmigt und daß dem Anlieger die Sorge für das Steinpflaster obliegt. Germershausen (Das Wegerecht und die Wegeverwaltung in Preußen. Band 1, Seite 95/96) bemerkt ganz mit Recht von seinem Standpunkt aus: „Der Hauseigentümer bedarf hiernach zur Anlage von Kellerhälsen, Erkern, Treppenstufen, Podesten, Vorbauten usw. auf dem Bürgersteige zwar der Genehmigung der Polizei, aber nicht auch, wie bei Anlagen auf dem eigentlichen Straßenkörper, der Genehmigung des Eigentümers. Sobald die polizeiliche Genehmigung erteilt ist, hat der Anlieger ein auch privatrechtlich geschütztes Recht zu der Anlage erworben und ist berechtigt, gegen jeden Dritten gerichtlich zu klagen, welcher ihn in dem besonderen Recht zur Benutzung des Straßenkörpers stört[15])." Daß der angrenzende Hausbesitzer bei Ausübung dieser ihm unter bestimmten Voraussetzungen eingeräumten Befugnis nicht den öffentlichen Interessen zuwiderhandelt, darüber hat die Polizei auch weiterhin zu wachen. Ihren Vorschriften muß sich der

[15]) Vergl. die Literatur bei Germershausen a. a. O.; v. Arnstedt, Das preußische Polizeirecht Bd. II 1907 § 174.

RG. 14. Dez. 1892 (Entsch. Bd. 30 S. 245 ff.): „Dem Eigentümer eines an einer öffentlichen Straße anliegenden Grundstücks ist im Gebiete des ALR. eine im Rahmen der §§ 78—81 ALR. I 8 sich haltende Benutzung der Straße zu Privatzwecken, insbesondere zur Anlage einzelner baulicher Einrichtungen gemäß der polizeilichen Bauerlaubnis gestattet, ohne daß die Stadtgemeinde als Eigentümerin der Straße dagegen Einspruch erheben oder dafür eine Entschädigung verlangen kann."

Anlieger fügen, und selbst die völlige Beseitigung des vorher erlaubten Vorbaus kann verlangt werden[16]). Auch die in diesen privatrechtlichen Anschauungen noch eine große Rolle spielende Verjährung schließt ein solches Recht der Polizei nicht aus. Durch die Bestimmung des Preußischen Landrechts werden also polizeiliche Interessen nicht berührt, wohl aber die Rechte des Straßeneigentümers stark eingeschränkt.

Gibt es für die privatrechtliche Auffassung der Sondernutzung nur eine Art, nämlich die über den Gemeingebrauch hinausgehende Inanspruchnahme der Ortsstraße, so hat man dagegen, wie oben gezeigt wurde, für die öffentlichrechtliche Sondernutzung zwischen der einfachen Gebrauchserlaubnis und der Verleihung zu unterscheiden. Folgen wir zunächst der Richtung, die im Vorbauen eine so eingreifende Benutzung der Ortsstraße sieht, daß sie dafür die Form der Rechtsverleihung für notwendig erachtet.

Durch die Verleihung wird dem Beliehenen der Besitz eines Stückes der öffentlichen Sache eingeräumt und ihm das subjektive Recht zugestanden, von der öffentlichen Sache einen verleihungsgemäßen Gebrauch zu machen. Hierdurch werden in so einschneidender Weise zwar die Interessen des Herrn der öffentlichen Sache berührt, daß die Gewährung eines solchen Rechtes von seiner Zustimmung abhängig ist und eine bloße polizeiliche Erlaubnis nicht genügt[17]). Nicht zuzustimmen aber hat der Eigentümer des Grund und Bodens als solcher; denn die Verleihung leitet sich nicht aus dem Eigentum, sondern aus der öffentlichen Verwaltung der Sache her. Ganz gleich dabei ist, um welche der drei Formen der öffentlichrechtlichen Sachherrschaft es sich handelt. Liegt öffentliches Eigentum vor, also jene Vereinigung von sachenrechtlicher Herrschaft und öffentlichrechtlicher Verfügungsgewalt, so kommt eine besondere Zustimmung des Eigentümers nicht in Frage. Dann, wenn das private Straßeneigentum mit der Öffentlichkeit belastet ist, ruht zu unterst

[16]) Preuß. OVG. 27. Februar 1894 (Preuß. VBl. Bd. 15 S. 409), 30. April 1877 (Entsch. Bd. 2 S. 395); 2. Oktober 1905 (Preuß. VBl. Bd. 27 S. 163).

[17]) Die Erteilung dieser straßenherrlichen Genehmigung kann durch die vorgesetzte Behörde nicht von Aufsichts wegen erzwungen oder an Stelle des Berechtigten ausgesprochen werden.

ein privater Grund und Boden, darüber läuft der öffentliche Weg als solcher, gleichsam eine Decke, derart dick und dicht, daß keiner, der darüber wandelt und den Weg in irgendeiner Weise benutzt, mit dem Privateigentum in Berührung kommt, das ist die auf das Privateigentum gelegte Öffentlichkeit. Die Verleihung gibt nun ein Recht über ein Stück der öffentlichen Gewalt, ein Recht auf Gebrauch der öffentlichen Sache. Das dem Privaten zustehende Eigentum wird nicht berührt durch diese zugelassene Benutzung. Würde die Öffentlichkeit der Sache enden, so würde ohne weiteres auch die Verleihung gegenstandslos werden [18]).

Nach der hier vertretenen und oben begründeten Auffassung übt der Anlieger, der mit einzelnen Gebäudeteilen auf das Straßenland vorbaut, an der Ortsstraße eine Sondernutzung aus, die der polizeilichen Gebrauchserlaubnis bedarf. Neben einer solchen polizeilichen Gebrauchserlaubnis, die von uns als Polizeierlaubnis angesprochen wurde, ist eine Zustimmung des Eigentümers nicht erforderlich. Denn die Gebrauchserlaubnis gewährt ebenso wie die Verleihung lediglich eine Benutzung der öffentlichen Sache als solcher; nicht aber bedeutet sie einen Eingriff in das etwa darunter liegende Privateigentum. Auch sie endigt deshalb mit einer Auflassung der öffentlichen Straße ohne weiteres. Die Gemeinde als Eigentümerin darf daher dort, wo ihr keine Ortspolizei übertragen ist, die polizeilich erlaubten Vorbauten nicht verbieten [19]).

Insofern stehen sich also Gebrauchserlaubnis und Verleihung gleich; anders ist es dagegen in der Frage der Zustimmung des Straßenherrn. Die Erteilung der Gebrauchserlaubnis geht nicht über die laufende Verwaltung der öffentlichen Sache hinaus. Daß man sich hier durch die Dauer des Vorbaus und seine feste Verbindung mit dem Erdboden nicht beirren lassen darf, wurde schon oben erwähnt. Da nicht wie bei der Verleihung ein Stück der öffentlichen Verwaltung dem Bauenden übertragen wird, ist auch eine besondere Genehmigung des Herrn der öffentlichen Sache für die Gebrauchserlaubnis nicht erforderlich.

[18]) Wie sich dann zwischen Vorbauendem und Privateigentümer des Straßenbodens die Rechtsverhältnisse regeln, wird weiter unten erörtert werden.

[19]) Fleiner, Institutionen (1911) S. 304, Kormann, Grundzüge des sächsischen Wegerechts in Fischers Zeitschrift Bd. 43 S. 92.

Auf eine Möglichkeit muß noch eingegangen werden, obwohl sie selten genug einzutreten pflegt und die man sich gerade bei der bebauten Ortsstraße kaum vorstellen kann. Wie regeln sich dann die rechtlichen Verhältnisse, wenn ein bisher als Ortsstraße benutzter Weg eingezogen wird? Die Einziehung (Auflassung) ist das Gegenstück zur Widmung. Die Öffentlichkeit wird damit von dem Wege genommen und, sofern er künftighin überhaupt noch als Straße dient, wird er einfacher Privatweg, über den keine Wegepolizei und Wegeherrschaft durch den Staat bez. die Gemeinde ausgeübt wird, sondern auf dem die allgemeine Polizei nur in den allgemeinen Schranken einzuschreiten hat. Der Boden als Straße untersteht nicht mehr dem öffentlichen Recht; es finden die Privatrechtssätze auf ihn Anwendung. Standen die Vorbauten nur auf Vorgartenland, dann ist die Sachlage einfach. Das Vorgartenland wird mit der Einziehung wieder freies Privateigentum, über den Bestand des Vorbaues kann der Hauseigentümer selbst entscheiden. Ragte der Vorbau dagegen auf das eigentliche Straßenland, so steht er jetzt auf fremdem Grund und Boden, sofern Anlieger- und Straßengrundstück verschiedenen Personen gehören. Es liegt also ein Überbau vor ganz im Sinne von BGB. § 912 ff. Sich damit abzufinden, ist Sache des Privatrechts. Der Fall liegt dann so: Es wurde übergebaut auf fremden Privatboden, aber das öffentliche Recht hinderte den Privateigentümer, sofort nach der Grenzüberschreitung Widerspruch zu erheben. Öffentliches Recht und Privatrecht gehen also hier ineinander über. Damit daß der Eigentümer des Straßenlandes der öffentlichen Verwaltung seinen Boden zur Verfügung stellte und dieser dann kraft Widmung ihr dienstbar wurde, willigte er auch in eine solche Inanspruchnahme ein. Er wußte, daß an Ortsstraßen Vorbauten geschaffen und geduldet werden. Es liegt also gar kein rechtswidriger Überbau vor, sondern der Überbau ist ähnlich dem, bei dem zwischen zwei Privatnachbarn das Recht zur Überschreitung der Eigentumsgrenze vertraglich begründet wurde[20]). Ein dingliches Recht hat der Anlieger natürlich nicht erworben, dazu hätte es der Eintragung bedurft, sondern es besteht lediglich eine persön-

[20]) Über solchen vertragsmäßigen Überbau vgl. Wolff, Der Bau auf fremdem Boden S. 96 f.

liche Pflicht des Straßenbodeneigentümers zur Duldung des Überbaus[21]).

Nach der bisherigen Darstellung ist zum Vorbau an der Ortsstraße eine doppelte polizeiliche Erlaubnis erforderlich: eine polizeiliche Erlaubnis zum Sondergebrauch an der öffentlichen Straße und eine Bauerlaubnis. Durch das Vorbauen wird zugleich in mehrere Polizeigebiete eingegriffen: Straßenpolizei und Baupolizei müßten nebeneinander für die Erlaubniserteilung zuständig sein. Das würde natürlich nicht im Sinne einer guten Verwaltung liegen. Gerade unsere Verwaltung muß bei den immer mehr wachsenden Aufgaben auf die Vereinfachung ihres Betriebes bedacht sein. Es ist erklärlich, daß, je mehr Behörden sich mit einer Sache zu befassen haben, um so länger deren Abwicklung dauert, um so höher die Kosten werden, um so eher die Einheitlichkeit zu vermissen ist. Nur zu leicht stellt dann jede Behörde die von ihr zu vertretenden Interessen in den Vordergrund, ohne zu bedenken, daß es sehr oft im Leben ein Ding der Unmöglichkeit ist, alle widerstreitenden Interessen zur Geltung gelangen zu lassen. Ein allgemein gültiger Grundsatz, nach dem sich eine Verteilung solcher neben der Baupolizei noch verschiedene andere Polizeigebiete berührender Maßnahmen vornehmen ließe, ist nicht aufzustellen und es bleibt nur übrig, „nach Lage des Einzelfalls und in Anlehnung an die hergebrachten, meisthin in den Baupolizeiordnungen zum Ausdruck gelangenden Anschauungen" zu entscheiden[22]). Soviel steht aber fest, daß neben der amtlichen Tätigkeit der berufenen Polizeibehörde ein mit dieser Tätigkeit konkurrierendes Einschreiten eines andern polizeilichen Organs unzulässig ist und eine etwaige Verfügung der hier unzuständigen Polizeibehörde der rechtlichen Gültigkeit entbehrt.

Bei den Vorbauten wird es fast durchgängig so gehalten, daß die Erlaubniserteilung für zu errichtende Vorbauten der Baupolizeibehörde obliegt, es dagegen in der Regel Aufgabe der Verkehrspolizei oder der Wegebaupolizei, also der Straßenpolizei, ist, bei schon vor-

[21]) Vgl. Kohler, Beiträge zum Servitutenrecht, Arch. f. ziv. Praxis Bd. 87 (1897) S. 287 f.

[22]) Jebens, Verkehrspolizeiliches und Verwandtes im Preuß. VBl. Bd. 27 S. 553; Preuß. OVG. 10. Juni 1892 (Entsch. Bd. 23 S. 315 ff.).

handenen Vorbauten vorzugehen[23]). Der Baupolizei ist also hier das Stück Straßenpolizei mitübertragen. Dies gilt auch dann, wenn die Baupolizei bei der Gemeinde liegt, die Straßenpolizei aber staatlich ist.

Welche Behörde verwaltet die Baupolizei? Grundsätzlich steht alle Polizei dem Staate zu. Dieser aber kann einen Teil der polizeilichen Gewalt auf die Gemeinden übertragen. Der Selbstverwaltungskörper handelt dann, wenn er solche zum „übertragenen Wirkungskreis" gehörige Geschäfte besorgt, im Auftrag und Interesse des Staates. So wird im größten Teile Deutschlands die Ortspolizei von der Gemeinde in staatlichem Auftrage ausgeübt, z. B. in Preußen, Bayern, Sachsen, Baden[24]). Nur in einigen Staaten, in Württemberg, Braunschweig, Sachsen-Weimar, Sachsen-Koburg-Gotha, Schwarzburg-Sondershausen, ferner in Österreich, gehört die Ortspolizei zum „eigenen Wirkungskreis" der Gemeinden, wozu man solche Geschäfte zählt, die den eigentlichen Lebenszweck der Gemeinde ausmachen.

Hier jedenfalls wie dort wird die Ortspolizei von der Gemeinde ausgeübt. Dieser Ortspolizei liegt aber regelmäßig auch die Verwaltung der Baupolizei ob. In den Gemeinden, in denen eine besondere staatliche Ortspolizeibehörde besteht, ist gewöhnlich die Baupolizei von der übrigen Ortspolizei losgelöst und gleichfalls auf die Gemeinde übertragen, nur in seltneren Fällen ist sie bei der staatlichen Polizeibehörde verblieben[25]). Es kann aber auch eine Teilung der Bau-

[23]) Krenzlin, Aufsätze über baupolizeiliche Fragen im Preuß. VBl. Bd. 31 S. 237 ff. Ebenso hat die Verkehrspolizei einzuschreiten, wenn die Störung nicht durch Baulichkeiten, sondern durch Reklame-, Firmenschilder, Sonnendächer, Schaukästen, die nicht in baulich konstruktivem Zusammenhange mit dem Gebäude stehen, erfolgt. S. o. S. 23.

Wenn der Vorbauende behauptet, das Gelände, über dem er den Vorbau errichten will, sei nicht Teil der öffentlichen Straße, sondern stehe in seinem unbeschränkten Privateigentum, so würde die Versagung der Erlaubnis gegenüber der Behauptung freien Privateigentums eine Inanspruchnahme des Raumes für den öffentlichen Verkehr darstellen und damit die Zuständigkeit der Wegepolizei begründet sein (v. Arnstedt, Das preußische Polizeirecht 1907, II. Bd. S. 712 und die dort angegebene Rechtsprechung).

[24]) Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte S. 276.

[25]) In Berlin wird mit Ausnahme der Straßenbaupolizei die allgemeine Polizei und mit ihr die Baupolizei von dem Königlichen Polizeipräsidium verwaltet.

polizeiverwaltung in der Weise eintreten, daß die Aufsicht über die größeren Bauten, wie Theater, Warenhäuser, öffentliche Versammlungsräume der staatlichen Behörde, für die übrigen der Gemeindebehörde übertragen wird. In den weitaus meisten Fällen ist also die Baupolizeibehörde ein Gemeindeorgan[26]).

Man könnte nach dem bisher Gesagten annehmen, daß die Baupolizei unbeschadet der Pflicht zur Wahrung der übrigen öffentlichen Rücksichten vollständig frei sei im Erteilen oder Versagen der Erlaubnis und es lediglich in ihrem Ermessen stände, einen Vorbau zu gestatten oder nicht. So ist es auch tatsächlich z. B. in Baden. Der § 9 Absatz 4 des badischen Ortsstraßengesetzes von 1908 lautet:

> „In gleicher Weise kann, soweit nicht schon durch ortspolizeiliche Vorschrift auf Grund des § 116 des Polizeistrafgesetzbuches hierüber Bestimmung getroffen ist, die Baupolizeibehörde nach Vernehmung des Gemeinderats gestatten, daß einzelne Gebäudeteile, Risalite, Balkone, Erker, Gesimse, Treppen, Türen, Fenster, Läden, Kellerschächte und dgl. über die festgestellte Fluchtlinie hervortreten, sofern dies mit den Rücksichten auf den Verkehr vereinbar und nicht für Nachbargrundstücke mit erheblichem Nachteil verknüpft ist."

Es heißt ausdrücklich: die Baupolizeibehörde kann gestatten. Der Gemeinde ist durch die Vorschrift nicht etwa ein Rechtsanspruch auf Wahrung ihrer Interessen verliehen, sondern sie hat lediglich ein Recht zur Beschwerde bei der Aufsichtsbehörde. Ohne der Einheitlichkeit des Verfahrens zu schaden, soll versucht werden, die straßenherrlichen Interessen in Einklang zu bringen mit den polizeilichen. Der Baupolizei steht es vollkommen frei, der Meinung des Gemeinderats zu folgen. Sie ist auch sonst in ihrer Entschließung in keiner Weise gebunden. Schon die geringste Überschreitung der Fluchtlinie ist ihrem Ermessen unterstellt.

[26]) Sachsen: Allgemeines Baugesetz von 1900, § 147: „Baupolizeibehörde ist in den Städten mit revidierter Städteordnung der Stadtrat, im übrigen unbeschadet der Bestimmung in Art. IV § 12 unter h der Städteordnung für mittlere und kleine Städte vom 24. April 1873 die Amtshauptmannschaft. Doch kann das Ministerium des Innern einzelnen Bürgermeistern in mittleren und kleinen Städten sowie Gemeindevorständen und Gutsvorstehern die Geschäfte der Baupolizei ganz oder teilweise übertragen. Diese Übertragungen sind jederzeit widerruflich."

Dagegen vergleiche man den § 97 Absatz 1 des Sächsischen Allgemeinen Baugesetzes von 1900:

„Das Vortreten einzelner Risalite, Portale und ähnlicher Anlagen bis zu 25 cm über die Straßenfluchtlinie ist in Straßen von mindestens 12 m Breite gestattet; doch darf die Gesamtbreite dieser Vorsprünge die halbe Breite des ganzen Gebäudes nicht überschreiten. Die Ausladung von Erkern, Balkonen und Galerien über die Straßenfluchtlinie darf höchstens 1,50 m betragen und erst 3 m über der Gangbahn beginnen. Vorbauten in Erdgeschoßhöhe dürfen in Vorgärten mit Vorbehalt des Widerrufs bei geschlossener Bauweise bis zu einem Drittel, bei offener Bauweise bis zur Hälfte der Gebäudevorderseite zugelassen werden. Doch sind sie bei späterem Wegfall der Vorgärten, ohne Anspruch auf Entschädigung, auf das an Straßen zulässige Vorsprungsmaß zurückzuführen."

Ebenso heißt es in § 14 der Baupolizeiordnung für den Stadtkreis Berlin von 1897:

„Das Vortreten von Bauteilen über die Umfassungswände ist innerhalb der folgenden Grenzen gestattet: —"

Die Anlegung von Vorbauten ist in diesen und vielen andern ähnlichen Bauordnungen also nicht mehr dem polizeilichen Ermessen überlassen, sondern das Gesetz oder die Baupolizeiordnung gestattet schon von selbst solche vortretende Bauteile in gewissem Umfange. Es ist also hier bestimmt, unter welchen Voraussetzungen die Erlaubnis zu gewähren oder zu versagen ist. Damit entsteht ein Rechtsanspruch auf Erteilung der Erlaubnis für denjenigen, bei dem diese Voraussetzungen erfüllt sind. Innerhalb dieser Grenzen kann eine bei veränderten Verkehrsverhältnissen im öffentlichen Interesse notwendig erscheinende Beseitigung der Vorbauten nicht ohne Entschädigung verlangt werden[27]). Für alle über die zugelassenen Maße hinausgehenden Vorbauten findet aber eine Benutzung des Straßenraums nur kraft der ins freie Ermessen der Baupolizeibehörde gestellten Erlaubniserteilung statt, und zwar geschieht dies dann als Ausnahmebewilligung von den Anforderungen des Gesetzes und der

[27]) Vgl. Baltz, Preußisches Baupolizeirecht S. 191.

hiernach erlassenen Ausführungsverordnungen und Ortsgesetze[28]). Wenn das Gesetz keine Erlaubnis zu derartigen Durchbrechungen erteilt, so ist jede amtliche Ausnahmebewilligung dieser Art, ganz gleich in welcher Form sie erteilt wurde, rechtsungültig und es kann jederzeit die Beseitigung eines auf Grund solcher Erlaubnis errichteten Vorbaus verlangt werden, ohne daß die geringste Entschädigung gewährt würde.

Was schließlich die Stellung der Nachbarn zum Vorbau anlangt, so ist zu bemerken, daß durch die Bauerlaubnis die zuständige Behörde nur erklärt, „daß aus dem bestehenden und geltenden öffentlichen Rechte ein Hindernis für die Ausführung des vorgelegten Projektes nicht zu entnehmen ist"[29]). Irgendwelche Privatrechte Dritter werden dadurch nicht im geringsten beeinträchtigt. Aber daraus folgt nicht die Pflicht der Polizei, zur Wahrung solcher privater Rechte einzuschreiten. Sondern der Nachbar muß sich selbst rühren. Deshalb heißt es im § 153 des Sächsischen Allgemeinen Baugesetzes:

> „Wird von dritten Personen Widerspruch gegen den angezeigten Bau erhoben, so hat die Baupolizeibehörde hierüber nach Gehör des Anzeigenden zu entscheiden . . ."

Vielfach ist auch — so z. B. in Berlin schon seit 1865 — die Aufnahme von „Nachbarprotokollen" üblich. Ohne daß dem Nachbar damit ein Recht auf Gehör eingeräumt würde, soll er hierin erklären, ob er gegen den geplanten Vorbau etwas einzuwenden habe[30]).

[28]) Vgl. Sächsisches Allgemeines Baugesetz § 6 Abs. 2. Handelt es sich um eine Ausnahmebewilligung von ortsgesetzlichen Bestimmungen (auf Grund von § 91 Sächs. Baugesetz), so darf diese nur nach Gehör der Gemeindebehörde gewährt werden (§ 7).

[29]) Preuß. OVG. Entsch. Bd. 2 S. 353; Bd. 5 S. 376; Bd. 12 S. 369; Bd. 13 S. 394; Bd. 19 S. 376; Bd. 20 S. 395; Bd 41 S. 374. Preuß. VBl. Bd. 7 S. 236; Bd. 15 S. 525.

[30]) Die Regelung der nachbarlichen Beziehungen gehört in Sachsen in stärkerem Maße als in Preußen zu den Aufgaben der Baupolizei. So werden nach § 7 des sächsischen Baugesetzes Ausnahmen, durch welche Rechte oder rechtlich geschützte Interessen Dritter berührt werden, nur nach Gehör und, ständiger Rechtsübung entsprechend, nur mit Zustimmung der Beteiligten gewährt, es sei denn, daß überwiegende öffentliche Interessen die Ausnahme gebieten.

Das sächsische Ministerium des Innern hat am 22. Januar 1912 ausgesprochen, daß Vorschriften über das Vorsprungsmaß von Erkern, Balkonen

und sonstigen Vorbauten über die Straßenfluchtlinie dem Rechtsschutz gegenüber Ansässigen dienen, weil Vorlagen, die das ortsgesetzliche Maß überschreiten, ihm Licht und Luft entziehen können. Daraus folgt auch, daß die Vorschriften über die Unzulässigkeit von Vorlagen an sehr engen Straßen dem Rechtsschutz des gegenüberliegenden Nachbars dienen. (Fischers Zeitschrift Bd. 42 S. 221.) Freilich muß es sich um wesentliche Nachteile handeln, eine bloße Beschränkung in der Annehmlichkeit des Wohnens in den Nachbarhäusern kommt, soweit nicht besonders erworbene Rechte oder abweichende Bestimmungen bestehen, nicht in Betracht. (Urteil des sächs. OVG. vom 13. Oktober 1906.)

V.

Die Vorbaugebühr

Zweifellos genießt der Grundstückseigentümer, der mit einem Vorbau in den Straßenraum hinübergreift, einen Vorteil, der nicht aus dem Eigentum an seinem Grundstücke fließt. Dieser Vorteil, den er aus einer nicht zu seinem Vermögen gehörigen Rechtssphäre zieht, bedingt notwendigerweise einen Nachteil auf der angegriffenen Seite, der wieder aufgewogen werden muß. Es entspringt deshalb einem durchaus richtigen Billigkeitsgefühl, für den Vorteil, der dem Anlieger aus dem Vorbau erwächst, die Gewährung eines Entgeltes zu fordern. Man hat die verschiedensten Rechtsgründe gewählt, um ein solches Entgelt zu rechtfertigen. Von anderer Seite wurde dann wieder die Berechtigung zur Erhebung überhaupt abgestritten mit der verschiedensten Begründung. Will man beurteilen, ob die Zahlung eines Entgeltes berechtigt ist oder nicht, so hat man sich zuerst zu beantworten, wofür das Entgelt gefordert werden soll, und sodann, ob es nach bestehendem Recht gefordert werden darf.

Nach dem oben Ausgeführten müssen wir alle jene Stimmen ablehnen, die ein solches Entgelt als privatrechtliche Gegenleistung aufgefaßt wissen wollen. Wir hatten festgestellt, daß der Vorbau eine dem öffentlichen Rechte unterliegende Benutzung der Ortsstraße darstellt und daß auch ein etwa zugrunde liegendes Privateigentum, auf dem die Öffentlichkeit nur als öffentlichrechtliche Grunddienstbarkeit lastet, dadurch nicht berührt wird. Der private Straßeneigentümer schließt also gar keinen Vertrag und kann deshalb auch

nicht die Einräumung der Erlaubnis von der Zahlung einer Vergütung abhängig machen[1]).

Wird die Benutzung öffentlichrechtlich gefaßt, so stellt die Zahlung eines Entgeltes sich als Gebühr dar. Darunter versteht man eine Gegenleistung in Geld, erhoben durch ein Subjekt der öffentlichen Verwaltung von dem, der eine öffentliche Anstalt oder Einrichtung in Anspruch nimmt.

Die Ortsstraße ist nun eine öffentliche Anstalt und aus diesem Gesichtspunkt steht der Erhebung einer Gebühr durch die öffentliche Verwaltung für die Inanspruchnahme der Straße durch Vorbauten nichts entgegen. Es ist des öfteren behauptet worden, die Erhebung einer Erkergebühr für die Benutzung der Luftsäule über der öffentlichen Straße sei unzulässig, denn die Luftsäule sei keine von der öffentlichen Verwaltung geschaffene Einrichtung[2]). Dem ist Folgendes entgegenzuhalten. Es ist nicht angängig, den Luftraum von dem darunter befindlichen Stück Erdoberfläche zu trennen oder zwischen Luftraum und Luftsäule einen Unterschied zu machen. Die Luftsäule gehört zum Boden und erhält erst durch dessen Eigenschaften auch die ihrigen. Steht der Boden im Privateigentum, dann auch die Luftsäule — natürlich nur soweit das einen vernünftigen Sinn hat (BGB. § 905) —; ist der Boden durch entsprechende Bearbeitung zu einer öffentlichen Anstalt umgewandelt worden, so ist der darüber befindliche Luftraum bis zu interessierender Höhe in gleicher Weise von der öffentlichrechtlichen Herrschaft erfaßt wie der Boden. Es ist also unzutreffend, daß dieser Luftraum keine von der öffentlichen Verwaltung geschaffene Anstalt oder Einrichtung sei. Boden und Luftraum enthalten die Anstalt.

Damit muß man aber auch die Rechtmäßigkeit des Entgeltes in Form der Gebühr zugeben. Denn Gebühren zu erheben für die Benutzung einer solchen Anstalt ist das Recht der öffentlichen Verwaltung.

[1]) Anderer Ansicht: Germershausen a. a. O. Bd. I S. 90; Urteil des Preuß. OVG. vom 7. Jan. 1899 (Preuß. VBl. Bd. 20 S. 332); Entsch. des Preuß. OVG. Bd. 35 S. 27 f.; Urteil des RG. vom 12. Juni 1895; Gruchots Beiträge Bd. 39 S. 881.

[2]) Fleiner, Institutionen S. 338/339. Entsch. des Preuß. OVG. vom 29. Mai 1895 (Preuß. VBl. Bd. 17 S. 15 f.); Soergel a. a. O. I S. 526 Nr. 4.

Lebenslauf

Ich, Karl Johannes Merker, wurde am 22. August 1890 in Dresden geboren. Nach genügender Vorbildung besuchte ich von Ostern 1901 ab das Königliche Gymnasium meiner Vaterstadt, das ich Ostern 1910 mit dem Reifezeugnis verließ. Ich widmete mich auf den Universitäten in Heidelberg und Leipzig dem Studium der Rechtswissenschaft und bestand in Leipzig 1914 die erste juristische Staatsprüfung.